

UNIVERSIDAD DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**La adopción y figuras jurídicas afines : estudio histórico
comparativo con especial consideración de los derechos
español y filipino**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Victor F. Ortega Campos

DIRECTOR:

Antonio Hernández Gil

Madrid, 2015

Rd. 54. 354

UNIVERSIDAD DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

TE 211

LA ADOPCION Y FIGURAS JURIDICAS AFINES

**(ESTUDIO HISTORICO-COMPARATIVO CON
ESPECIAL CONSIDERACION DE LOS DERECHOS
ESPAÑOL Y FILIPINO)**

TRABAJO DE TESIS

que para la opción al Diploma de

Doctor en Derecho

por la

UNIVERSIDAD DE MADRID

PRESENTA

VICTOR F. ORTEGA CAMPOS

LICENCIADO EN DERECHO

(ATENEO DE MANILA)

Y

**MIEMBRO DEL COLEGIO DE ABOGADOS
DE FILIPINAS**

PATROCINADA Y DIRIGIDA por el

Dr. D. ANTONIO HERNANDEZ GIL

**CATEDRATICO DE DERECHO CIVIL
DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID**



**BIBLIOTECA
DE DERECHO**

MADRID 1961

A mis queridos padres,

FRANCISCO ORTEGA LACSAMANA

y
CORAZON CAMPOS de ORTEGA,

a quienes debo todo.

Nuestro profundo agradecimiento al
Dr. D. ANTONIO HERNANDEZ GIL, cate-
drático de Derecho civil de la Uni-
versidad de Madrid, que con su apo-
yo y dirección, ha hecho posible la
elaboración de esta tesis.

Nuestro agradecimiento también al
Dr. ANTONIO ESTRADA de la ROSA por
su valiosa ayuda.

I N D I C E

	Páginas
P R O L O G O	I a III

PARTE PRIMERA

LA ADOPCION Y FIGURAS JURIDICAS AFINES

CAPITULO 1º: LA ADOPCION

A) ¿Qué es la adopción?	1
1. Una ficción del Derecho (parentesco ficticio)	1
2. Una figura jurídica (con propia sustantividad)	3
B) ¿Cual es su configuración jurídica?	4
1. Tesis contractualista (la adopción como contrato)	5
2. Tesis institucionalista (la adopción como institución)	6
3. Armonización de las tesis anteriores: la adopción como contrato e institución simultáneamente	7
C) ¿Cuales son sus diferentes aspectos?	8
1. El aspecto religioso	8
2. El aspecto político	8
3. El aspecto social	10

CAPITULO 2º: FIGURAS JURIDICAS AFINES

A) De mayor grado: legitimación adoptiva	12
B) De menor grado	13

1. La afiliación e instituciones análogas	14
2. Las formas campesinas de adopción	16

PARTE SEGUNDA

ESTUDIO HISTORICO

CAPITULO 1º: LOS ORIGENES DE LA ADOPCION

A) Carácter predominantemente religioso de la adopción: la adopción y el culto doméstico	17
B) Finalidad práctica con la misma perseguida: la transmisión de los derechos sucesorios	18

CAPITULO 2º: LOS DERECHOS CLASICOS (ROMANO Y GERMANICO)

A) La adopción en el Derecho romano	21
B) La adopción en el Derecho germánico	26

CAPITULO 3º: EL DERECHO INTERMEDIO

A) Rasgos generales de la evolución	28
B) Especial consideración del Derecho español	28

PARTE TERCERA

ESTUDIO COMPARATIVO

CAPITULO 1º: LAS CONDICIONES DE LA ADOPCION EN
EL DERECHO COMPARADO

A) Las condiciones de fondo	35
1. Condiciones positivas	35
2. Condiciones negativas (impedimentos para la adopción)	42
B) Las condiciones de forma	48
1. La intervención y el control de la autoridad pública	48
2. La publicidad de la adopción	49

CAPITULO 2º: LOS EFECTOS DE LA ADOPCION EN EL
DERECHO COMPARADO

A) Efectos positivos	51
1. Efectos de orden personal	51
2. Efectos de orden patrimonial	52
B) Límites de la institución	54
1. La adopción no implica ningún cambio de nacionalidad	54
2. La adopción solo crea vínculos jurídi- cos entre adoptante y adoptado	54

CAPITULO 3º: LA REVOCACION DE LA ADOPCION EN
EL DERECHO COMPARADO

A) Revocación y nulidad de la adopción	57
B) Las formas de revocación	58
1. La revocación contractual	58
2. La revocación legal	59

	Páginas
3. La revocación judicial	60
C) Los efectos de la revocación	62
CAPITULO 4º: LAS FIGURAS AFINES A LA ADOPCION EN EL DERECHO COMPARADO	
A) La legitimación adoptiva	64
1. En Francia	64
2. En Uruguay	66
B) La afiliación	70
C) Formas campesinas de la adopción	73

PARTE CUARTA

ESPECIAL CONSIDERACION DEL DERECHO ESPAÑOL

CAPITULO 1º: LA ADOPCION EN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1889

A) Los precedentes inmediatos del Código civil ..	75
B) Las condiciones de la adopción	76
1. Condiciones personales	76
2. Condiciones formales	76
C) Los efectos de la adopción	77
1. En relación a la familia natural	77
2. Derechos del adoptado respecto del adoptante	78
3. Derechos del adoptante respecto del adoptado	78
D) La revocación de la adopción	79

E) Disposiciones complementarias del Código civil	79
---	----

CAPITULO 2º: LA ADOPCION EN LA LEY DE REFORMA DEL
CODIGO CIVIL DE 24 DE ABRIL DE 1958

A) Razón y directrices de la reforma de los preceptos del Código civil por la ley de 24 de abril de 1958	81
1. Razón	81
2. Directrices	82
B) Las condiciones de la adopción	83
1. Condiciones personales	83
2. Condiciones formales	93
C) Los efectos de la adopción	97
1. En relación a la familia natural	97
2. Derechos del adoptado respecto al adoptante	98
3. Derechos del adoptante respecto al adoptado	106
4. Otros efectos	107
D) La renovación de la adopción	108
E) Disposiciones de la Ley de reforma del Código civil en orden a las formas particulares de la adopción	110

PARTE QUINTA

ESPECIAL CONSIDERACION DEL DERECHO FILIPINO

CAPITULO 1º: EVOLUCION DE LA LEGISLACION FILIPINA EN MATERIA DE ADOPCION	111
---	-----

CAPITULO 2º: ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LA REGLA-
MENTACION DE LA ADOPCION EN EL CODI-
GO CIVIL FILIPINO Y EL CODIGO CIVIL
ESPAÑOL DE 1889

A) En punto a las condiciones de la adopción	115
1. Condiciones personales	115
2. Condiciones formales	124
B) En punto a los efectos de la adopción	126
1. Derecho al nombre	129
2. Los derechos sucesorios	130
C) En punto a la extinción de la adopción	135

CAPITULO 3º: BREVE COTEJO CRITICO ENTRE LA REGLA-
MENTACION DE LA ADOPCION EN LA LEY
DE REFORMA DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL
Y EN EL CODIGO CIVIL FILIPINO

A) En punto a las directrices generales de la adopción	137
B) En punto a las condiciones de la adopción	138
1. Condiciones personales	138
2. Condiciones formales	139
C) En punto a los efectos de la adopción	140
1. En cuanto al traspaso de la patria po- testad del adoptante al adoptado	140
2. En cuanto a los derechos sucesorios del hijo adoptivo	141
D) En punto a la extinción de la adopción	143
CONCLUSIONES	144
BIBLIOGRAFIA	149

P R O L O G O

El hombre tiene dos instintos fundamentales: el instinto de conservación y el instinto de reproducción. Por el primero atiende a conservarse a sí mismo. Por el segundo a conservar a la especie. Pero ésta a su vez, necesita de especiales cuidados mientras no esté en condiciones de valerse por sí misma. De aquí, pues, que la prole una vez procreada, deba ser debidamente atendida: alimentada y educada. Esto tiene lugar en el seno de la familia, pues el niño es, en principio, incapaz de atenderse a sí mismo. Si la familia es, pues, algo que encontramos, bien que en forma un tanto embrionaria, incluso en ciertas especies animales, en la especie humana es una necesidad ineludible.

En ella ve, así, el hombre la primera luz, en la familia crece y rodeado y apoyado por ella se prepara para cumplir su papel en la sociedad.

Pero sucede a veces que circunstancias especiales, hacen conveniente que una persona pase de una familia a otra; por ejemplo: cuando en esa otra familia puede estar mejor atendido que en su familia de origen. Otras incluso se hace esto necesario por no poder recibir en su familia de origen las atenciones debidas. Otras, finalmente, puede suceder que incluso falte la familia de origen, bien porque se trate de padres desnaturalizados que hayan abandonado al hijo o porque, por

II

ejemplo, con ocasión de grandes calamidades como las guerras éste haya quedado sin familia que le pueda atender.

Pues bien: a remediar todos estos problemas viene la adopción. La adopción es, como ya veremos, una institución antiquísima. Lo que sucede es que, con el transcurso del tiempo ha ido cambiando de carácter. Así, en un principio, más que atender a las finalidades indicadas, venía a atender al interés del adoptante, que carecía de descendencia, para procurarse ésta. Pero hoy cumple debidamente su función social de protección a la infancia. Por ello junto a la adopción propiamente dicha, han surgido una serie de figuras jurídicas afines que en la mayoría de los casos, tratan de cumplir debidamente esa finalidad fundamental de proteger a la infancia.

La adopción y las figuras jurídicas afines es el título de nuestra tesis. Hemos elegido este tema para la misma por creer se trata de una materia sugestiva y de gran actualidad. Apenas si pasa un día sin que en algún país surja una nueva disposición acerca de la misma. En España se ha registrado recientemente por la Ley de 24 de abril de 1958, una reforma muy importante del Código civil y puede decirse que la parte más fundamental y extensamente afectada ha sido precisamente la adopción. En Filipinas, por su parte, nuestro vigente Código civil de 1950 ha modificado profundamente la reglamentación anterior de la adopción, que era la misma, en definitiva, de la del Código civil español antes de la indicada Reforma, pues

III

sabido es que tal Código fué hasta el que hoy nos rige, el vigente en nuestra Patria. Por todo ello, nuestra tesis trata de poner de relieve la situación de la adopción en el Derecho comparado y con especial detenimiento en los Derechos español y filipino. Para completar el panoramade la institución se trata también un breve cuadro de su desenvolvimiento histórico que explique como la adopción ha llegado a ser lo que es hoy en día y así queda justificado el título completo de nuestra tesis: La adopción y figuras jurídicas afines, Estudio histórico-comparativo, con especial consideración de los Derechos español y filipino.

Tan solo nos queda por expresar un temor: el de que, pese a nuestros esfuerzos, no hayamos conseguido tratar debidamente esta interesante materia. Pero esperamos que la condescendencia y buena voluntad de nuestros profesores, sabrán perdonar nuestras muchas faltas.

P A R T E P R I M E R A

L A A D O P C I O N Y F I G U R A S

J U R I D I C A S A F I N E S

C A P I T U L O 1º

L A A D O P C I O N

A) Que es la adopción?: La adopción es una de las más interesantes instituciones del Derecho de familia. Pero ello supuesto se plantea el problema de determinar si la adopción es una ficción del Derecho como sostienen unos o es una figura jurídica con propia sustantividad como mantienen otros.

1. Una ficción del Derecho (parentesco ficticio): Esta tesis tiene su origen en el antiguo aforismo "adoptio imitatur naturam" (la adopción imita a la naturaleza). Se destaca, en efecto el término "imitatio" para configurar a la adopción como una ficción. En este sentido se manifiestan muchos autores. Vamos a destacar como más importantes a los siguientes: PLANIOL y RIPERT (1) para quienes la adopción es un acto que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultan de la filiación legítima, de donde resulta, a su vez, un parentesco ficticio; COLIN y CAPITANT (2) para quienes se trata de un acto jurídico que crea entre dos personas relaciones ficticias y puramente civiles de paternidad y filiación; VALVERDE (3) para quien, en sentido muy similar a los anteriores, es un acto jurídico que crea entre dos personas una relación

(1) Traite elementaire de droit civil, París 1948, T.I, pág. 551.

(2) Curso de Derecho civil, 2ª ed. esp., T.I, pág. 641.

(3) Tratado de Derecho civil español, 4ª ed. T.IV, pág. 468.

análoga a la que resulta de la paternidad y filiación; SANCHEZ ROMAN (4) que precisamente vé en esta ficción el mayor inconveniente de la institución; ANCEL (5) que dice expresamente que en la adopción al imitarse a la naturaleza se crea una ficción; ROBLES FONSECA (6) que habla también de vínculos ficticios; BLAS PIÑAR (7) que asimismo estima que el vínculo que nace de la adopción es ficticio y sobre todo BELTRAN FUSTER (8) que califica a la adopción de reina de las ficciones, pues mediante ella se reputa que una persona es hijo de quien en realidad no lo es con la consecuencia de que como sigue teniendo sus padres naturales, puede tener dos padres y dos madres.

Pero esta tesis no se puede admitir, pues aparte de basarse en un simple aforismo y no en un examen a fondo de la institución de la adopción, no interpreta adecuadamente la palabra naturaleza que en dicho aforismo se emplea. Y así, al sostener, de acuerdo con dicho aforismo, que la adopción imita a la naturaleza interpreta la palabra naturaleza como observa

-
- (4) Estudios de Derecho civil, T.V, v. 2º, pág. 1061.
 - (5) L'adoption dans les législations modernes Travaux et recherches de l'institut de Droit comparé de Paris, 1943, pág. 10.
 - (6) Puede el padre adoptante desheredar a su hijo adoptivo en Revista crítica de Derecho inmobiliario 1942 pág. 464.
 - (7) La adopción y sus problemas jurídicos en Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo VIII 1954, pág. 141.
 - (8) Repercusiones de la adopción sobre la patria potestad del padre natural (pierde éste la potestad cuando un hijo suyo es adoptado por la esposa? Revista de Derecho privado, 1952, pág. 398.

COLL y ESTIVILL (9) en el restringido sentido de la biología, olvidando realidades tan naturales como las psicológicas y sociales.

2. Una figura jurídica con propia sustantividad (nueva forma de parentesco): Esta es la tesis de los dos citados autores COLL y ESTIVILL, para quienes la adopción es una realidad. Lo que pasa es que el vínculo que une a las partes no es biológico como en las relaciones de paternidad y filiación, sino psicológico-social. En suma: se trata aquí de una realidad psicológico-social, con la que a veces, incluso, se combina excepcionalmente, la realidad biológica: es el caso concreto de la adopción del hijo ilegítimo por su padre. Pero en todo caso, la Ley nada finge, nada imita. No tiene, en efecto, que imitar el parentesco de sangre, porque lo que aquí hay es una nueva forma de parentesco: un parentesco civil que se coloca junto al parentesco natural. Nada en contra significa que el parentesco civil en que la adopción consiste pueda surtir, incluso, los mismos efectos que el parentesco natural, pues el que un vínculo jurídico surta los efectos del otro no significa que el primero sea ficción y el segundo realidad (10).

Esta tesis es indiscutiblemente la más acertada y la que hoy en día se va imponiendo en la doctrina. En España es la adoptada, entre otros, por GAMBON ALIX (11) para quien la esen-

(9) La adopción e instituciones análogas. Estudio sociológico-jurídico, Buenos Aires 1947, pág. 196.

(10) Coll y Estivill, op. cit., págs. 196 a 202.

(11) La adopción, Barcelona 1960, págs. 41 y ss.

cia de la adopción hay que buscarla en la creación de un vínculo especial de parentesco que ha dado en llamarse civil, para distinguirlo del natural. Lo que sucede es que, como iremos viendo a lo largo de esta tesis, éste parentesco obedece a una causa que ha ido evolucionando y cambiando de signo a lo largo del tiempo. En efecto: tal causa era, en principio, la satisfacción del interés del adoptante, al procurarle, en definitiva, un hijo (el adoptado) que continuase su especie; después fué, por el contrario la satisfacción del interés del adoptado, al procurarle el afecto de un padre (el adoptante); finalmente, la satisfacción de un interés superior, en cierto modo, al del adoptante y el adoptado: el interés social de la protección a la infancia, que ha dado lugar a modos de la adopción reforzados (de los que el más característico es la legitimación adoptiva) en los cuales se muestra patente el deseo de equiparar, en cuanto a sus efectos, la adopción a la filiación legítima.

B) ¿Cual es su configuración jurídica?: Paralelamente a la evolución general que la adopción ha experimentado y a la que acabamos de referirnos sucintamente, también ha evolucionado la configuración jurídica de la misma, desde una primera posición que la considera como un contrato a una segunda posición que la considera como una institución, sin perjuicio de que ambas posiciones o tesis se fundan, en nuestros días, en una concepción armónica, que destaque los dos aspectos: contractual e institucional de la adopción.

1. Tesis contractualista (la adopción como contrato): Esta tesis que considera a la adopción como un contrato entre adoptante y adoptado, fué propia de la generalidad de las legislaciones del siglo XIX, que siguieron, en este punto, el criterio contractualista del Código napoleónico. Así se vino a requerir para la adopción el consentimiento tanto del adoptante como del adoptado, exigiéndose, por consiguiente, para que una persona pudiera ser adoptada la mayoría de edad y declarándose irrevocable la adopción.

Pero esta tesis no se puede admitir. Basta para comprobarlo ver los errores a que se presta. Así el limitar la posibilidad de la adopción a los mayores de edad, priva a esta institución, como fácilmente puede comprenderse, de su mayor utilidad que reside precisamente en la protección de la infancia. Y de aquí que en las legislaciones que siguen este criterio, haya habido que arbitrar fórmulas jurídicas especiales para la adopción de los menores, y mediante las cuales se pudiesen amparar en Derecho, las muchas adopciones de hecho que, salvando la estrechez de la Ley se desenvolvían al margen de ésta (12). En cuanto a la configuración de la adopción como irrevocable también se presta a múltiples abusos, por parte tanto del adoptante como del adoptado y debe, por consiguiente, ser igualmente rechazada. Y es que, para concluir, podemos decir con

(12) A este sentido responden, como más adelante se verá, la afiliación y otras figuras similares.

ANCEL (13) que de todos los actos que conoce el Derecho privado, la adopción es ciertamente uno de los que menos se deja reducir al terreno contractual. Ello explica que las condiciones de capacidad y consentimiento exigidas para la adopción sean diferentes de las exigidas, en términos generales, por el Derecho de la contratación e igualmente que los efectos de la adopción modifiquen el estado de las personas y establezcan entre las que ayer eran extrañas derechos y deberes de orden tanto personal como patrimonial, como consecuencia de un particular vínculo jurídico, que, en tal concepto, precisa asimismo de causas específicas de revocación.

2. Tesis institucionalista (la adopción como institución):

Las objeciones hechas a la tesis contractualista de la adopción han llevado a la configuración de ésta como una institución; concretamente: como una institución de Derecho de familia, alineada entre las de la patria potestad y la tutela y que como éstas tienen por finalidad, cada vez en mayor medida, la protección de la infancia. Como tal postula una particular regulación legal dictada fundamentalmente en interés de esta. A ésta concepción responden la generalidad de las legislaciones del siglo XX. Pero estimamos que la misma es incompleta por contemplar a la adopción una vez nacida pero no también

(13) L'adoption dans les législations modernes. Essai de synthese comparative suivi du releve systematique des législations actuelles relatives a l'adoption, París, Sirey 1958, pág. 11.

al nacimiento de la adopción que, indiscutiblemente, es de naturaleza contractual, con lo cual ambas tesis: la contractualista (rectamente entendida como veremos) y la institucionalista no se oponen, sino que, mutuamente, se complementan. Pasemos a comprobarlo seguidamente.

3. Armonización de las tesis anteriores: la adopción como contrato e institución simultáneamente: Acabamos de decir que las tesis contractualista e institucionalista no se oponen, sino que, por el contrario, se complementan. En efecto: la primera explica el nacimiento de la adopción, que es indiscutiblemente contractual; la segunda explica a la adopción ya nacida, que es acto que excede en mucho según acabamos de ver de la figura del contrato. O para decirlo con palabras de GAMBON ALIX (14): el contrato da vida a la institución. Lo que pasa es que tal contrato no es hoy en día, en la mayoría de los casos, un convenio, puramente privado, dado que requiere una solemnidad particular y se encuentra sometido, en definitiva, al control de la autoridad pública. Pero esto ya lo iremos viendo, con más detenimiento a lo largo de nuestra tesis. Aquí para concluir, nos limitaremos a decir con GAMBON ALIX (15) que "la polémica entre contractualistas e institucionalistas no tiene, ciertamente, demasiado interés, pues la adopción es, en definitiva, lo que la Ley al establecer sus requisitos y efectos

(14) Op. cit., pág. 45.

(15) Op. cit., pág. 44.

determina y tiene poca importancia que, en un plano especulativo, se admita una u otra postura en orden a su naturaleza, tanto más cuando que ambas tésis (la contractualista y la institucionalista) encierran según hemos visto puntos de vista parciales que en modo alguno resultan incompatibles".

C) Cuales son sus diferentes aspectos?: La adopción ha tenido a lo largo de los tiempos y todavía conserva, hoy en día, aspectos diferentes que muestran lo polifacético de esta institución:

1. El aspecto religioso: Ha sido, sin duda el primero que históricamente presentó esta institución. En su virtud, la adopción de una persona por quien no tuviera descendientes serviría más todavía que para hacer perdurar el nombre del adoptante, para asegurarle a éste un sucesor que, a su vez, asegurase la continuación del culto doméstico, el culto de las "sacra privata" o dioses familiares.

2. El aspecto político: Pero junto a su originario aspecto religioso y al lado del aspecto social y jurídico que, como enseguida veremos, siempre conservó la adopción, la misma ha revestido, en muchas ocasiones, un aspecto político tan marcado que, incluso, ha desnaturalizado, en buena parte, esta institución. Nada de extraño tiene, por tanto, que, al lado de la adopción de Derecho privado encaminada a crear una relación civil de parentesco entre adoptante y adoptado, se haya colocado, a veces, una verdadera adopción de Derecho público, en-

caminado a conseguir finalidades de orden político (16). Así, ya Roma conoció bajo el Imperio una adopción de carácter político destinada únicamente a designar el heredero presunto del poder. Y es que si en un principio los emperadores utilizaron para asegurarse un sucesor, modos de adopción (o más precisamente: de arrogación tratándose de un "sui iuris") de Derecho privado, como por ejemplo sucedió, según los historiadores latinos, con la adopción de Tiberio por Augusto o de Nerón por Claudio (17), bien pronto, sin embargo, esta adopción particular se destacó de las instituciones del Derecho privado, para convertirse en un acto político que de tal adopción no iba a tener, en lo sucesivo, más que el nombre (18).

Por lo demás adopciones de tipo político han sido posteriormente la muy célebre practicada, durante la Revolución francesa, cuando la Convención decidió que la hija de LEPELLETIER DE SAINT FARGEAU sería "adoptada por la Nación", pues si según algunos más que una verdadera adopción, lo que hubo aquí fue una especie de "título honorífico", la realidad es que cuando, con el transcurso de tiempo, la interesada quiso contraer matrimonio, la Convención deliberó acerca de si la Asamblea debería ser llamada a dar su consentimiento. Otro supues-

(16) Ancel, op. cit., pág. 3.

(17) Dice Tácito (Annales XII, 26): "rogataque lex qua in familiam claudium et nomen Neronis Transiret". Hubo, pues, una arrogación regularmente votada por los comicios que hizo entrar a Nerón en la familia de Claudio.

(18) Girard, Manuel élémentaire de Droit romain, 6ª ed., pág. 174, nota 4.

to hasta cierto punto similar de adopción tuvo lugar cuando Napoleón declaró por un Decreto de 7 de diciembre de 1805 que adoptaba a los hijos de los generales, jefes y oficiales de los soldados muertos en la batalla de Austerlitz. Y la misma idea se encuentra en las Leyes sobre los "pupilos de la Nación" como por ejemplo la Ley francesa de 27 de julio de 1917, cuyo primer artículo dispone que "Francia adopta a los huérfanos cuyo padre, madre o sostén de la familia haya perecido en el curso de la guerra de 1914, como víctima militar o civil del enemigo". Claro que la institución de los "pupilos de la Nación" no data de la guerra de 1914, pues es, en realidad muy anterior a ella. Y así, estaba ya prevista por las Leyes francesas de 13 de diciembre de 1830, 13 de junio de 1850 y 26 de marzo de 1871. Después de la guerra de 1939 ha encontrado acogida en la Ley de 15 de abril de 1943 y en el Decreto de 24 de abril de 1951. Y fuera de Francia y ya desde la guerra de 1914 en diversas legislaciones, particularmente en Bélgica, Italia y Bulgaria. Claro que todas estas adopciones de Derecho público exceden, como es natural, del objeto de nuestro estudio, que forzosamente ha de limitarse a la consideración de la adopción en cuanto institución de Derecho privado.

3. El aspecto social: El aspecto social que cumple la adopción es transcendental y ha ido reforzándose a medida que evolucionaba la institución. Por ello, no tiene nada de extraño que si en el punto de partida de la misma se encontraba un interés de tipo religioso o político, en su caso, según aca-

bamos de ver, combinado en casi todo momento con un interés puramente privado del adoptante (al procurarse un hijo que le garantizase la muerte sin descendencia), hoy en día, por el contrario, haya pasado a primer término el papel social de la institución. ANCEL (19) habla muy gráficamente de un "interés social nuevo", interés que se pone de manifiesto en su carácter filantrópico. Por eso, CAMBACERES (20) pudo presentar a la adopción como "una amplia fuente de socorros para los desheredados". También BERLIER (21) al presentar el proyecto Ley sobre la adopción precisaba que "esta institución estaba en primer lugar entre aquéllas que persiguen el interés de la sociedad". Pero, en todo caso este interés social, éste carácter filantrópico se pone de manifiesto particularmente a fines del siglo XIX y a comienzos del siglo XX, en que la adopción se encuentra a la cabeza del gran movimiento de protección a la infancia y particularmente a la infancia abandonada y desgraciada. Así, a las consideraciones filantrópicas, un tanto vagas que comenzaron a apuntarse a fines del siglo XVIII, vino a suceder un punto de vista mucho más amplio y preciso de defensa de la comunidad social, al cual en ciertos países como Francia se añaden incluso para reforzarlo consideraciones demográficas.

(19) Op. cit., pág. 5

(20) Citado por Fenet, Recueil complet des travaux, préparatoires du Code civil, París 1836. T.X., pág. 247.

(21) Citado también por Fenet, op. y loc. cit.

C A P I T U L O 2º

FIGURAS JURIDICAS AFINES

A) De mayor grado: legitimación adoptiva: La legitimación adoptiva es una modalidad, (quizás la más interesante de nuestros días y por supuesto la que cuenta con un porvenir más brillante) de la adopción. Es por así decir, una adopción reforzada al máximo; hasta el punto de que el jurista uruguayo HUGO GATTI (22) ha dicho de ella que constituye una nueva fuente de legitimidad. Esto explica perfectamente si se tiene en cuenta que en la legitimación adoptiva se trata de romper toda relación de la persona adoptada con su familia de origen, natural o de sangre y vincularla a su nueva familia (la familia adoptiva) con la misma consideración que si se tratase de un hijo legítimo de la misma. Por eso, la legitimación adoptiva ha sido definida por VAZ FERREIRA y ZAJTAY (23) como "una adopción cuyos efectos son más amplios que los de la adopción simple, pues desliga completamente al adoptado de su familia de origen para hacerle entrar en una nueva familia con los derechos y obligaciones de un hijo legítimo de los adoptantes".

A la vista de lo. dicho se explica perfectamente el na-

(22) Legitimación adoptiva en Jornadas de Derecho Comparado, Montevideo 1955, págs. 165 y 170.

(23) La legitimación adoptiva en France et en Uruguay, París 1954, pág. 1.

cimiento y razón de ser de esta institución. La misma ha nacido, en efecto, como ya puede comprenderse, para superar los inconvenientes de la adopción tradicional, permitiendo la nueva incorporación del niño a una nueva familia en concepto de hijo legítimo de la misma y como consecuencia de la ruptura de los lazos que le ligaban con su familia de origen. En este sentido, la legitimación adoptiva tiene su precedente más remoto en la arrogación del Derecho clásico romano y en la adopción plena del Derecho justiniano, figuras éstas de que enseguida nos ocuparemos. Por cierto que ésta última ha sido revivida, cuando menos en cuanto al nombre, por la reciente Ley española de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código civil (concretamente en nuestro caso al artículo 172 que dice que "La adopción, por sus requisitos y efectos, podrá ser plena y menos plena"). Claro que si en esta figura de la adopción, plena española, pueden descubrirse, según veremos en su lugar oportuno, algunos rasgos de la legitimación adoptiva, en realidad esta institución no aparece regulada, en toda su pureza, sino en Francia y en Uruguay, por el Decreto Ley de 29 de julio de 1939 y la Ley número 10674 de 20 de noviembre de 1945 respectivamente. Pero de los detalles en concreto de esta reglamentación ya trataremos debidamente al ocuparnos del Derecho comparado.

B) De menor grado: Destacaremos como más caracterizadas la afiliación e instituciones análogas y las que podrían considerarse como formas campesinas de adopción.

1. La afiliación e instituciones análogas: Al revés que la legitimación adoptiva, la afiliación es una especie de pequeña adopción (de "piccola adozione" se la califica en el Derecho italiano), que produce, como es lógico, efectos más limitados que la adopción. Su origen remoto se encuentra en una institución romana: el alumnato. El alumnato era equivalente a lo que hoy se llama adopción de hecho. Suponía, pues, el hecho de hacerse cargo del hijo ajeno, educarlo y criarlo sin adquirir la patria potestad sobre el mismo y sin que el alumno perdiese, pues, su personalidad. Venía a suponer así una auténtica medida de beneficencia (dar un padre a un hijo) al revés de lo que enseguida veremos sucedía con la arrogación y con la adopción, cuya finalidad era, precisamente, la contraria del alumnato: dar un hijo a un padre.

En todo caso, la palabra afiliación más que para designar una institución concreta, se suele emplear, por la doctrina, para designar una serie de instituciones muy análogas que tratan de salvar algunos de los inconvenientes de la adopción y de la regulación en extremo formalista de ésta. Así la afiliación o pequeña adopción exige menos requisitos que la adopción propiamente dicha, pero precisamente por ello produce menos efectos. Claro que, esto supuesto, el concepto de afiliación no puede menos de ser relativo, puesto que si la afiliación tiene por finalidad salvar ciertos inconvenientes de la adopción, allí donde la adopción no presente tales inconvenientes la afiliación no tendrá razón de ser. Por otra par-

te los efectos más restringidos que produce la afiliación tampoco justificarán la existencia de ésta en donde tales efectos sean precisamente los propios de la adopción. A continuación quedarán perfectamente explicados estos puntos.

Decimos que la afiliación tiene por finalidad salvar ciertos inconvenientes de la adopción. En efecto, en ciertos países, como, en Francia e Italia, la adopción tal como se veía regulando sólo era aplicable a los mayores de edad. Ello se debía a la configuración contractualista de la adopción que exigía para la perfección de ésta el consentimiento del adoptado. Y de aquí que para salvar este inconveniente y conseguir que pudieran ser adoptados también los menores se acudiese a la afiliación. En sentido más concreto esta figura tuvo dos manifestaciones fundamentales: la tutela oficiosa del Derecho francés y la afiliación propiamente dicha del Derecho italiano. Ninguna de las dos concedía al adoptado Derechos sucesorios. Pero si la afiliación propiamente dicha subsiste en nuestros días (ya la estudiaremos debidamente al ocuparnos del Derecho comparado), la tutela oficiosa del Derecho francés ninguna aplicación tuvo y fue derogada por la Ley de adopción de 1923. En cambio en el Código civil peruano de 1936 subsiste, como veremos en su lugar, una institución idéntica, en el fondo, a la tutela oficiosa del Derecho francés: la llamada adopción menos plena, bien que se diferencie de aquélla en no ser necesaria para la adopción de los menores, ya que en el Derecho peruano la adopción propiamente dicha es procedente

cualquiera que sea la edad de la persona adoptada. Pero de estas instituciones ya trataremos en concreto al ocuparnos del Derecho comparado.

2. Las formas campesinas de adopción: Constituyen una manifestación curiosísima de esta institución, que persigue una finalidad de orden fundamental económico: procurar mano de obra a las familias campesinas cuando se hallan necesitadas de la misma y en su caso favorecer la continuidad del patrimonio familiar. A la primera finalidad responde particularmente la institución rusa denominada "Primatchestvo". A la segunda la institución aragonesa del acogimiento. Pero ya nos ocuparemos de ellas en su lugar apropiado (al tratar del Derecho comparado y del Derecho español respectivamente).

P A R T E S E G U N D A

E S T U D I O H I S T O R I C O

C A P I T U L O 1º

LOS ORIGENES DE LA ADOPCION

Los orígenes de la adopción son muy remotos, tanto que esta institución fue ya regulada en el Código de Hammurabi. También la conocieron los hebreos, pues según el Génesis, Jacob en su lecho de muerte, adoptó a Efraín y Manasés, hijos de José, diciendo a éste: "Los dos hijos que antes de mi venida a tí a la tierra de Egipto te nacieron en ella, serán hijos míos". Por lo demás, lo remoto de esta institución no debe chocar. En la constitución de la familia antigua, dice GIDE y CAILLEMER (24), era la adopción un recurso ofrecido por la religión y las leyes a aquél que no tenía heredero natural, a fin de perpetuar su descendencia y asegurar la continuidad del culto doméstico y la transmisión de bienes. Vamos a comprobarlo seguidamente:

A) Carácter predominantemente religioso de la adopción:
la adopción y el culto doméstico: En realidad poco hay que añadir aquí a lo ya dicho anteriormente, al tratar del aspecto religioso de la adopción. Entonces dijimos y ahora repetimos que, en efecto, la adopción debió de tener por objeto, en un principio, más aun que la continuidad del nombre del adoptante, el asegurarla a este un sucesor que, a su vez, asegura-

(24) Voz adoptio en el Dictionnaire des antiquites grecques et romaines, París 1877, Tomo I, págs. 75 y ss.

se la continuación del culto doméstico, el culto a los "sacra privata" o dioses familiares. Pues bien: ello que pudiera chocar, en un principio, se explica perfectamente si se tiene en cuenta que dada la organización de la familia antigua, ésta más que una entidad puramente privada, venía a constituir una entidad de carácter público, o más exactamente y como muy bien ha puesto de manifiesto el romanista BONFANTE un estado en pequeño, con su propia base personal y patrimonial. Y de aquí que uno de los aspectos más destacados de la organización de este estado fuera, precisamente, el referente a su base religiosa. En su virtud, la familia tenía sus propios dioses y estos precisaban de un culto, un auténtico culto doméstico cuya interrupción fácilmente se comprende sería considerada como la mayor de las desgracias.

B) Finalidad práctica con la misma perseguida: la transmisión de los derechos sucesorios: Dice el belga DEKKERS (25) que los primitivos sólo hablan del presente, siéndoles por el contrario, ignorada la noción del porvenir. De ahí su desconocimiento del testamento. En efecto: el testamento, acto unilateral y a menudo solitario que duerme en tanto que vive el testador y que no se despierta más que cuando el testador se duerme, entraña una especie de renacimiento o resurrección; una prolongación de la voluntad más allá de la misma existen-

(25) El Derecho privado de los pueblos, traducción española, Madrid 1957, págs. 449 y ss.

cia; una suerte de magia jurídica, en suma, que forzosamente había de ser demasiado audaz para el debil entendimiento del hombre primitivo. No tiene, pues, nada de extraño que al describir las costumbres de los germanos no descubra Tácito en ellos "nullum testamentum".

Ello supuesto se comprende que cuando los primitivos querían atender a las necesidades que hoy cumple el testamento acudieran a otras fórmulas jurídicas. La más caracterizada de ellas fue, precisamente, la adopción. La gran diferencia entre el testamento y la adopción, prosigue DEKKERS, está en que ésta no requiere ninguna de las audacias que caracterizan al otro. En efecto: si el testamento en su acto bilateral porque desde su comienzo exige, la existencia de dos partes; es más: mejor sería decir que, en un principio fue un acto multilateral porque se producía ante la asamblea popular: Todos los jefes de familia debían aprobarla, por lo que se les pedía que presen- tasen su consentimiento a ella por un voto en buena y debida forma emitido. Era como una ley especial que derogaba a la ley general. Así sucedía como enseguida veremos, en Roma con la arrogatio y en la gairethinx longabarda. Pero además la adopción era un acto presente, pues apenas realizado el acto, el adoptado entra en la familia del adoptante y cae, pues, bajo la potestad de éste ("iustus filius in potestate nostra" dice GAIUS) o se convierte en su hermano legítimo (como en los documentos de hermandad lombarda, alemana y musulmana); en resumen: establece su morada en el hogar del adoptante. Y puesto

que la adopción es bilateral y actual, a diferencia del testamento, también a diferencia de éste resulta irrevocable.

Con el tiempo, sin embargo, la adopción se simplifica. Cada vez vá dando lugar a menos discusiones en la asamblea y por otra parte se van viendo aparecer sin cesar formas de institución de heredero sin voto y por simple declaración, hasta que llega un momento en que el adoptante pide a los asistentes no ya su voto, sino simplemente su testimonio: "Itaque vos quirites testimonium mihi perhibetote" (GAIO). Y de ahí precisamente ha venido el nombre de testamento (de "testis" testigo). El testamento surge, pues, de la adopción y tan grande es el parecido que, en un principio, existía entre ambas instituciones, que entre los griegos se vino a designar con una misma palabra a la adopción y al testamento. Por lo demás éste originario parecido explica que, en los primitivos testamentos, se adviertan algunas particularidades que sólo se pueden explicar en función de la adopción. Así sucede, por ejemplo en la norma romana de que todo testamento debe comenzar por la institución de heredero (es decir: un residuo de adopción); en la norma franca según la cual la presencia de un hijo impide hacer testamento (porque entonces no hay lugar para la adopción); en la norma romana, lombarda y alemana según la cual el testamento caduca por el hecho de que el testador tenga un hijo después de hacerlo (porque la adopción era entonces inútil) etc.

C A P I T U L O 2º

LOS DERECHOS CLASICOS (ROMANO Y GERMANICO)

A) La adopción en el Derecho romano: La adopción en el Derecho romano se encuentra íntimamente ligada con la organización de la familia. Existían dos tipos de familia: la llamada familia natural fundada en el vínculo o parentesco de sangre (parentesco de cognación) y la llamada familia civil fundada en un vínculo o parentesco de este orden que unía a cuantos estaban sometidos a la potestad del "pater familias" (parentesco de agnación). Esta familia civil fundada en la agnación sólo se perpetuaba, en principio, por los hijos varones nacidos de justas nupcias. Pero bien pronto se sintió la necesidad de evitar la extinción de esta familia civil por motivos religiosos (evitar la extinción del culto doméstico de los antepasados a cargo de los descendientes), políticos (importancia que la familia tenía en la vida política romana) y por supuesto estrictamente jurídicos (necesidad de asegurar la transmisión del nombre y patrimonio del adoptante). Y a atender a esta necesidad y a dar realidad a esos motivos, vino, precisamente, la institución de la adopción que, en sus dos formas, de arrogación y adopción propiamente dicha sirvió para la creación de un vínculo paterno-filial de agnación entre personas que no eran agnadas entre sí.

De lo dicho se desprende que en Roma existían dos clases de adopción: la arrogación y la adopción propiamente dicha.

La arrogación nació primero y venía a ser la adopción de una persona "sui iuris" o sea: no sometida a la potestad de otra. Mediante ella el "sui iuris" cae bajo la potestad del arrogante con la condición jurídica de hijo nacido en justas nupcias, extendiéndose la potestad del arrogante a las personas que hasta entonces estaban bajo la potestad del arrogado y extinguiéndose, así, el culto privado de éste. Como se ve los efectos de la arrogación eran muy fuertes, por comprometerse en definitiva al orden público romano, y de aquí que la misma se sometiese a reglas muy severas, requiriendo como formalidad previa una investigación de los pontífices sobre su procedencia. A continuación, si la opinión de éstos era favorable se sometía al voto de los comicios. De aquí que por estar excluidos de los comicios curiados no pudieran ser arrogados, en un principio, los impúberes, ni tampoco las mujeres. Pero con la decadencia de los comicios curiados, la arrogación se vino a producir de hecho por la aprobación de los pontífices. Posteriormente, a mediados del siglo II, después de Cristo, desaparecen esas formalidades y la arrogación se produce entonces por rescripto del príncipe (autorización imperial), con lo que ya pueden ser arrogados los impúberes y las mujeres. En todo caso, el arrogado entra según ya hemos dicho, en la familia del arrogante con la calidad de agnado, considerándole para todos los efectos como hijo legítimo del arrogante, bajo cuya potestad pasa con los que de él dependen y

con su patrimonio (26). La arrogación puede extinguirse por emancipación del arrogado con lo cual pierde éste los derechos que le confiere la agnación entre ellos el hereditario. Pero si el arrogado es impúber y la emancipación se produce sin causa tiene derecho a la cuarta parte de la sucesión del arrogante (cuarta antonina), cuarta parte que igualmente le corresponde cuando, aun no habiendo sido emancipado por el arrogante, éste lo desherede.

La adopción propiamente dicha venía a recaer sobre los "alieni iuris" o sea: sobre las personas sometidas a la potestad de otras. No siendo, pues, el "alieni iuris" cabeza de familia, la adopción no producía la extinción de una de las familias, ni de su culto doméstico, ni daba lugar al nacimiento de una patria potestad sobre el adoptado, sino que tal patria potestad era simplemente transferida del que la ejercía al adoptante. Luego con esta forma de adopción no resultaba comprometido (27) el orden público romano. Y de aquí que el Estado no interviniese en la constitución del vínculo adoptivo, sino para el cumplimiento de meras formalidades. Tal vínculo se constituía, en definitiva, del modo siguiente: el titular de la patria potestad emancipa a la persona que va a ser adoptada en favor del adoptante el número de veces preciso

(26) Si bien por reforma de Justiniano el arrogante vino a adquirir sólo el usufructo de los bienes del arrogado.

(27) A diferencia de lo que hemos visto sucedía con la arrogación.

(tres) para perder la referida patria potestad. El adoptante la emancipa, a su vez, en favor del padre. Y finalmente, se simula un juicio en que el adoptante reclama la patria potestad sin contradicción del padre, por lo cual el magistrado admite la demanda. Visto este procedimiento se comprende que se pueda adoptar a los impúberes y a las mujeres, que ya hemos visto como, en cambio, no pudieron ser arrogadas mientras se exigía la intervención de los comicios de las curias. En todo caso, la adopción, a semejanza de la arrogación, hace salir al adoptado de su propia familia para entrar en la del adoptante, viniendo a caer, por consiguiente bajo la patria potestad de éste y a ser considerado como hijo legítimo del mismo. Pero a diferencia con esto de la arrogación, como el adoptado es "alieni iuris" no lleva consigo bienes y deja sus propios descendientes en la familia de origen. Finalmente el vínculo adoptivo se extingue, como en la arrogación o sea: por la emancipación.

La extinción de la adopción por la emancipación dio lugar a que si el adoptante emancipaba al adoptado éste perdiera su derecho a la sucesión del primero, recobrando el primer lugar en la sucesión de su padre natural. Pero si la emancipación se producía después de la muerte del padre natural, de cuya herencia se había visto excluido a consecuencia de la adopción, nada recogía en ninguna de ambas sucesiones. Pues bien: para corregir este inconveniente Justiniano modificó el año 530 el régimen de la adopción que quedó de la siguiente

manera:

1º) Si el hijo es dado en adopción a un extraño: La adopción recibe entonces el nombre de "menos plena", pues el adoptado no sale de su familia de origen y el vínculo entre aquél y ésta no sufre, por tanto modificaciones. Así, el adoptado queda bajo la potestad de su padre natural, limitándose los efectos de la adopción a otorgarle vocación hereditaria en la sucesión del adoptante. Por consiguiente, si éste emancipa al adoptado, el adoptado perderá sus derechos en la sucesión del adoptante, pero conservará los que le correspondan en la de su padre natural.

2º) Si el hijo es adoptado por un ascendiente de sangre (abuelo etc.): La adopción recibe entonces el nombre de "plena", pues produce todos sus efectos, pero el peligro de que emancipado el adoptado, quede éste privado de todo derecho sucesorio ha desaparecido ya, pues si en tal caso se rompe el vínculo civil que liga al adoptante con el adoptado, siempre quedará éste unido a aquél por el vínculo natural o de sangre.

En síntesis: Bajo Justiniano se advierten las siguientes instituciones: a) La arrogación que transforma al arrogado en agnado de la familia del arrogante. b) La adopción plena o efectuada por un ascendiente que por ser tal mantiene la agnación y coloca al adoptado bajo la patria potestad del adoptante. c) La adopción menos plena o efectuada por un extraño que no transfiere la patria potestad, produciendo como único efecto importante la vocación hereditaria unilateral en

la sucesión del adoptante.

B) Derecho germánico: En el Derecho germánico antiguo no fue admitida la adopción. Más tarde, sin embargo, parece que fue reconocida y ampliamente practicada sirviendo para suplir la falta de testamento. Y así se nos dice que fundado el Derecho hereditario germánico en la sucesión legítima, quien deseaba transmitir sus bienes a un extraño encontraba en la adopción un medio para hacerlo. Sin embargo no es muy amplia, ni precisa la información de que se dispone acerca de la institución de la adopción en el Derecho germánico. BRUNNER y VON SCHWERING (28) hacen notar que en varias razas germánicas, así las de los francos, longobardos, ostrogodos, burgundios y también en los germanos del norte, se puede comprobar la existencia de la adopción (prohijamiento) por la que el adoptado se introducía en la comunidad doméstica del padre adoptivo. Y PLANITZ (29), por su parte, nos dice que la filiación electiva consistía en la originación de underecho hereditario entre el padre electivo y el hijo efectivo. Pero no faltan autores que entienden que todas estas adopciones no lo son propiamente tal, sino más bien instituciones similares, que no van encaminadas a crear propiamente un vínculo de filiación, sino a conseguir finalidades diversas. En este sen-

(28) Historia del Derecho germánico, edit. Labor 1936, pág. 233.

(29) Principios de Derecho privado germánico, Trd. de Melon Infante, Edit. Bosch, 1957.

tido, por ejemplo, se manifiesta BESTA (30) y no cabe duda que no le falta razón, pues en realidad, las más típicas formas de adopción del Derecho germánico no responden a la configuración propia de la adopción. Tal sucede con las llamadas "adoptio in hereditatem", "adoptio in fratrem" y "unio prolium".

La "adoptio in hereditatem" era, en efecto según SCHUPFER (31) un acto entre vivos (realizado siempre con intervención del rey o del pueblo) tendente a crear o instituir un heredero y que si tenía lugar frente a los hijos ilegítimos traducía, en la práctica, una forma de legitimación que el primitivo Derecho germánico no conoció por subsiguiente matrimonio de los padres.

La "adoptio in fratrem" de tan amplia difusión en el Derecho germánico-nórdico consiste por su parte según SOLMI (32) en la creación de un vínculo entre dos personas para la ayuda y asistencia mutua, vínculo que se constituye mediante intercambio de sangre que se chupa de una vena punzada.

La "unio prolium" consiste finalmente como observa MERLIN (33) en una especie de doble adopción que hace entrar a los hijos de un segundolecho en la familia del cónyuge muerto y a los del primer lecho en la familia del cónyuge sobreviviente.

(30) La famiglia nella Storia del Diritto italiano, Padova 1933, n.ºs 120 y ss.

(31) Il Diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia, Roma 1907, T.I., pág. 371.

(32) Affratellamento en Nuovo Digesto italiano, Torino 1937.

(33) Questions de Droit, París 1827.

C A P I T U L O 3º

EL DERECHO INTERMEDIO

A) Rasgos generales de la evolución: La evolución de la adopción en el Derecho intermedio ofrece como rasgos característicos más destacados el de la disminución en importancia de la institución. Ello no tiene nada de particular si se tiene en cuenta la influencia ejercida, en esta época, por el Derecho germánico, o por mejor decir: por los diversos Derechos germánicos (34) y por el Derecho feudal por los mismos influido que no concedieron, ciertamente gran predicamento a la adopción. Así, en lugar de ésta vinieron a ocupar su puesto, en muchos países, las fórmulas germánicas que acabamos de estudiar. Pero de ello no se puede sacar la conclusión de que la adopción viniera a desaparecer por completo o poco menos, pues la realidad es que la misma subsistió donde imperaba el Derecho romano, si bien con los rasgos que le imprimió el Derecho justinianeo.

B) Especial consideración del Derecho español: Opina COSTA (35) que en España existía ya la adopción en tiempos anterior-

(34) Pues como muy bien ha observado el profesor Garcia Gallo (en su prólogo a los Principios de Derecho privado germánico de Hans Planitz. Trd. española, Barcelona 1957) la rúbrica de Derecho germánico es un tanto convencional. Y así un Derecho germánico en el sentido en que puede hablarse del Derecho romano o del islámico nunca existió. Existieron tan sólo, prosigue el docto profesor, Derechos germánicos más o menos semejantes.

(35) La libertad civil y el Congreso de jurisconsultos aragoneses, Madrid 1883, pág. 268.

res a la conquista romana y que su tradición forzosamente hubo de continuarse durante la Edad Media, a juzgar por algunos casos de que nos hablan historias y leyendas, así como por la orientación general del Fuero de Aragón único "de adoptionibus" y la Observancia 27 "De generalibus privilegiis", que parecen ser eco del primitivo Derecho indígena. Esta opinión ha sido recogida por MANRESA (36) y BLAS PIÑAR (37). También por HINOJOSA (38) que cita, por su parte, la versión de MENENDEZ PIDAL de la Leyenda de los Infantes de Lara, afirmando que en el Derecho español de la Edad Media la adopción se verificaba con arreglo a determinadas formas como por ejemplo envolviendo al adoptado en el manto del adoptante. Pero la realidad es que, pese a todas estas opiniones, la adopción, conforme a la general tendencia que acabamos de ver impera en el Derecho intermedio, tuvo con el Derecho español escasa importancia. En sentido muy radical el profesor OTERO (39), tras decir que no tuvo razón de ser en la época romana, añade que fue desconocida en el Derecho visigodo. Y justifica sus dos afirmaciones: que no tuvo razón de ser en la época romana porque si bien la adopción tuvo según acabamos de ver, una im-

-
- (36) Comentarios al Código civil, 7ª edic. T.II, revisado por Bonet Ramon, pág. 109.
- (37) La adopción y sus problemas jurídicos en Anales de la Academia Matritense del Notariado, T.VIII, 1954, pág.11.
- (38) El elemento germánico en la Historia del Derecho español, Madrid 1915, pág. 20.
- (39) La adopción en la Historia del Derecho español en el volumen Dos estudios jurídicos políticos del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Roma-Madrid 1955, págs. 145 y 146.

portancia y difusión extraordinarias en el Derecho romano, ello fué por las circunstancias políticas de Roma y como especial instrumento de política dinástica llamado a ejercer un eficaz papel en aquél régimen, circunstancias todas éstas que no concurrían en España. Y que fue desconocida en el Derecho visigodo por que si bien aparece recogida en el Breviario su simple inclusión en este Código no es garantía suficiente de su aplicación. Además, la circunstancia de aparecer escrita identificándola con un instituto de Derecho vulgar y la carencia de otros documentos a ella referentes en esta época, llevan a la conclusión de que seguiría ignorada en la vida práctica.

Por nuestra parte y sin ánimo de profundizar, en modo alguno, en una cuestión que como ésta es de la competencia de los historiadores del Derecho, creemos que, con rigor, se impone distinguir dos fases en la vida de la adopción en la España medieval: una primera fase hasta el siglo XIII, en que la adopción en su sentido propio sería, como observa OTERO, prácticamente desconocida y en que en su lugar imperarían figuras más o menos afines a la misma (40) y una segunda fase a partir del siglo XIII en que merced a la recepción del Derecho romano la adopción vuelve a aparecer y en todo caso recibe especial regulación. Así en el Fuero Real y Las Partidas.

El Fuero Real, que le dedica el título 22, dispone: que

(40) Así las fórmulas germánicas ya antes examinadas.

todo varón que no tiene descendientes legítimos puede recibir por hijo a cualquier varón o mujer capaz de heredarle; pero si tiene hijos legítimos no vale el acto y puede únicamente dejar el quinto de sus bienes al recibido (ley 1); que no vale el recibimiento de otro por hijo si el que lo recibe no es mayor que el recibido en tantos años que naturalmente pudiera tenerlo por hijo, salvo licencia especial o posterior aprobación real (ley 2); que la misma licencia se requiere para que se puedan recibir por hijo los castrados y los religiosos (ley 3); igual en cuanto a la mujer salvo que haya tenido hijo natural y lo perdiese (ley 4); que el recibidor y sus parientes no heredan al recibido; pero que el recibido tiene legítima de un quinto en la herencia del recibidor (ley 5) y que el recibimiento debe hacerse en forma pública ante el rey o el alcalde (ley 6). Finalmente en la ley 7 legisla sobre algo más que adopción, puede entenderse como legitimación por rescripto y dispone: que el que quiere recibir por hijo al que tuvo sin bendición, puede reconocerlo ante el rey u hombres buenos con palabras expresas y que en ese caso, el recibido hereda ab intestato a sus padres si no hay hijos legítimos; carece de legítima, pero conserva siempre la nobleza y honra del padre (ley 7).

Las Partidas que reprodujeron prácticamente el Derecho justinianeo sobre adopción y arrogación (Partida 4, título 16) a las cuales llamaron "porfijamiento" (prohijamiento) dispusieron: que el prohijamiento es una manera que establecie-

ron las leyes, por la cual pueden los hombres ser hijos de otros aunque no lo sean naturalmente (ley 1); que el prohibido alieni juris (adoptado) debe consentir de palabra o callando, y que el prohibido sui juris (adrogado) debe hacerlo en forma expresa (ley 1); que puede prohibir todo hombre libre salido de la patria potestad, que supere al prohibido en 18 años y que no sea impotente (ley 2); que no pueden prohibir las mujeres, salvo que hayan perdido un hijo en batalla en servicio del rey; que en esos casos se requiere licencia del rey (ley 2); que puede prohibir el impotente por accidente (ley 3); que el sui juris de menos de 7 años no puede ser prohibido (adrogado); que si es mayor de 7 años puede serlo por otorgamiento del rey, con investigaciones especiales previas si es menor de 14 años que demuestren las conveniencias del prohibimiento (ley 4); que no pueden ser prohibidos los libertos (ley 5); que el tutor no puede prohibir al pupilo hasta que éste no cumpla 25 años, y que entonces puede hacerlo por otorgamiento del rey (ley 6); que el que es prohibido siendo sui juris (adrogado) pasa con sus descendientes y sus bienes bajo potestad del prohibidor como si fuera su hijo legítimo; y el prohibidor sólo lo puede emancipar por dos razones probadas ante el juez: a) cuando el prohibido (adrogado) haga tal tuerto o tal cosa que mueva a gran zaña al prohibidor; b) y cuando el prohibido fuere instituido heredero por un tercero bajo la condición de ser sacado del poder del prohibidor (leyes 7 y 8); que el adrogador no puede sacar de

su poder al adrogado a tuerto y sin razón, ni lo puede desheredar; que si algo de eso hiciere, debe restituirle todos los bienes y mejoras, pero no el usufructo que gozó; y además debe dar el adrogador la cuarta parte de sus bienes (ley 8); que al prohiado con autorización del juez (adoptado), el prohiador (adoptante) puede sacarlo de su poder a su arbitrio y desheredarlo libremente (ley 8); que la adrogación debe hacerse por otorgamiento del rey y la adopción por otorgamiento del juez (ley 8); que el prohiado por adopción, cuando el adoptante no es su abuelo o su bisabuelo, no pasa bajo su potestad (adopción menos plena justiniana); pero que el adoptado hereda todos los bienes del adoptante si muriese sin testamento y no hubiere hijos, y que si los hubiera partirá con ellos en igualdad de derechos; que no hereda a los parientes del adoptante (ley 9) y que si la adopción la efectúa el abuelo del adoptado, éste pasa bajo la potestad de él como si fuera hijo legítimo (ley 10).

Finalmente, interesa destacar que frente a este renacimiento (al menos en las Leyes) de la adopción romana, hubo alguna región española que siempre permaneció ajena a la influencia de la misma. Tal sucede con Aragón, en que la adopción más que por la vía legal, se desenvolvió por la vía consuetudinaria, presentando siempre, al decir de CASTAN (41)

(41) La sucesión abintestato del hijo adoptivo en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1916, primer semestre, pág. 44.

caracteres originalísimos que demuestran que no es un trasunto o copia de la adopción romana. Y en el mismo sentido ALONSO y LAMBAN (42) llega a la conclusión de que el Derecho aragonés, en materia de adopción, responde a un sistema completamente propio, apartado de la influencia romana y en el que no se encuentran tampoco restos de germanismo, representando, así, un caso clarísimo de Derecho autóctono o indígena. Concretamente y por lo que se refiere al Alto Aragón, COSTA (43) ha hecho notar que la adopción se ha mantenido allí siempre sin solución de continuidad bajo las formas de adopción por acogimiento y dación personal.

(42) La adopción, Seminario de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés, Zaragoza 1956, pág. 45.

(43) Op. cit. págs. 273 y ss.

P A R T E T E R C E R A

E S T U D I O C O M P A R A T I V O

C A P I T U L O 1º

LAS CONDICIONES DE LA ADOPCION EN EL DERECHO COMPARADO

A) Las condiciones de fondo: Las condiciones de fondo de la adopción varían necesariamente según las legislaciones. Pero en todas ellas se encuentra un común fondo legislativo que demuestra la estabilidad de la institución y la permanencia de las necesidades a las que la misma atiende. Vamos a distinguir las referidas condiciones en positivas y negativas según contribuyan a la formación de la adopción o constituyan impedimentos para que la misma tenga lugar.

1) Condiciones positivas: Hacen referencia fundamentalmente a la edad y al consentimiento.

a) Edad:

aa) Del adoptante: Algunas legislaciones se contentan con exigir la simple mayoría de edad. Así en Hungría, Polonia, y Checoslovaquia entre las europeas y Nueva York y algunos estados de Norteamérica, Canadá, Colombia y Panamá entre las americanas. Pero la generalidad de las legislaciones exigen en el adoptante a más de la plena capacidad para el ejercicio de los derechos civiles (que se alcanza precisamente con la mayoría de edad) una edad más elevada. Así, 50 años en Francia (por virtud del Código napoleónico), Italia, Alemania, Austria (por virtud del Código de 1811), la mayoría de los cantones suizos antes del Código federal de 1907 y Grecia entre las

européas y Brasil, Perú y Bolivia entre las americanas. Así, 40 años en Suiza después del citado Código federal, edad que fijan igualmente el Código civil austriaco, la ley francesa de 9 de Junio de 1923, la costarricense de 1º de agosto de 1934 y las nuevas leyes de Argentina, Chile y Guatemala. Así, 35 años en la ley belga de 22 de marzo de 1940 y la salvadoreña de 1955. Así, 30 años en las legislaciones de Uruguay, Ecuador y Méjico. Así finalmente, 25 años en las de los países escandinavos, Gran Bretaña y Australia (Queensland). Es pues característica general de las recientes la tendencia a disminuir la edad exigida al adoptante.

bb) Del adoptado: Tres sistemas se advierten, en este punto, en el Derecho comparado:

1º) Sistema que exige que el adoptado sea mayor de edad: Este sistema inspirado en la concepción contractualista de la adopción (en cuya virtud se requiere el consentimiento del adoptado para la adopción) fue seguido por el Código napoleónico, pero está hoy en retroceso. Así, en Bélgica, donde regía también por imperativo del Código napoleónico ha sido suprimido por la Ley de 22 de marzo de 1940.

Una derivación más atenuada de este sistema con todas aquéllas legislaciones que exigen límites mínimos de edad. Pero también se encuentran estas legislaciones en retroceso. Así, la exigencia del Código civil italiano de 1865 de que el adoptado tuviese 18 años como mínimo ha sido suprimida por el vigente Código civil de 1942. Por lo demás, con excepción de

los países musulmanes de Africa del Norte, que exigen en el adoptado la edad de la razón (7 años), los únicos que exigen una edad mínima para el adoptante son Bolivia (14 años según el artículo 183 de su Código civil) y Eire (que se contenta con la de seis meses).

2º) Sistema que exige que el adoptado sea menor de edad:

Este sistema inspirado en la protección del adoptado y particularmente en la de los niños abandonados, es seguido por la "Adoption of Children Act" inglesa de 1926, por la Ley canadiense de 15 de marzo de 1925 y por las leyes de la mayoría de los Estados de Norteamérica, así como por los Códigos mejicano de 1928 y de la familia soviética de 1926 y también por las leyes ecuatorianas de 1948, húngara de 1952 y holandesa de 1956.

3º) Sistemas para los que es indiferente que el adoptado sea mayor o menor de edad: Aquí se enclavan múltiples Códigos: el alemán, el suizo, el austriaco, el japonés, muchos hispanoamericanos (cubano, panameño, colombiano, venezolano, peruano y uruguayo), y también el Código civil brasileño y las leyes de Suecia de 1917, Checoslovaquia de 1928 y la chilena de 1934.

cc) Diferencia de edad entre adoptante y adoptado: Suele exigirse en la generalidad de las legislaciones, que se dejan llevar, a este respecto por el prejuicio de que la adopción viene a crear un vínculo de filiación ficticia entre adoptante y adoptado, que, en la medida de lo posible, debe imitar a

la filiación natural. La diferencia de edad más frecuentemente exigida es de 18 años; así en los Países Bajos, Italia, Alemania, Suiza, Austria, Grecia, Rumania, y Checoslovaquia en Europa y Argentina y Brasil en América. A veces, esta edad es superior: 20 años en Uruguay y Ecuador, y 21 años en Inglaterra y Australia. Por lo general, es inferior: 17 años en Méjico; 16 años en Hungría y Puerto Rico; 15 en Francia, Bélgica y numerosos países hispanoamericanos (Colombia, Perú, Bolivia, Panamá y Salvador); 10 en Rusia blanca y algunos Estados de Norteamérica. Finalmente, no faltan los Estados que, sin exigir diferencia de edad concreta, se limitan a exigir que el adoptante sea mayor que el adoptado. Así, las de algunos Estados de Norteamérica y la de Canadá y también las leyes de los países escandinavos, la búlgara de 1889 y la japonesa.

dd) Dispensa de esta condición: Se otorga, en algunas legislaciones y en circunstancias particulares. Así, en Francia, las condiciones de edad en general no son exigidas por el Código napoleónico cuando se trata de adopción remuneratoria y en particular la diferencia de edad de 15 años entre adoptante y adoptado se reduce a 10 cuando el adoptado es hijo del cónyuge del adoptante. Con más rigor, en Guatemala, no se exigen en este último supuesto, ninguna de las condiciones de edad. En Argentina, por su parte el adoptante no precisará tener más de 40 años cuando la adopción sea hecha por dos esposos casados desde hace ocho. Otras leyes también contienen verdaderas dispensas en esta materia (así en Francia, Alemania y

Canadá), siendo particularmente frecuente que las leyes modernas concedan al juez la facultad de dispensar de las condiciones de edad estrictamente requeridas para la adopción, cuando lo juzgue conveniente al interés del adoptado. En este sentido la "Adoption of Children Act" inglesa de 1926 ha concedido amplias facultades al juez, lo mismo que las leyes de Queensland en Australia y de Irlanda del Norte.

b) El consentimiento:

aa) Del adoptante (y sus padres en su caso): En cuanto al del adoptante no se plantea, en este punto, problema alguno. El adoptante ha de prestar siempre el consentimiento, dado que es mayor de edad y goza por tanto de la plenitud de sus derechos civiles. Pero necesitará también el consentimiento de sus padres?. El Código civil japonés de 1898, basado en la noción patriarcal de la casa, decidió que el jefe de la casa a la que perteneciese tanto el adoptante como el adoptado, debía dar su consentimiento para la adopción. Pero esta exigencia ha desaparecido desde que la reforma de 1948 ha suprimido la institución del jefe de familia. En cambio la disposición de la Ley búlgara de 1889, que disponía que si el adoptante tuviese padre o madre, éstos debían ser llamados a consentir la adopción, ha sido reproducida por el Código de 1949. Por su parte, el Código civil italiano de 1942 establece que la Corte de apelación que declara la adopción debe oír a los padres del adoptante, lo que, en la práctica, equivale a conferir a los padres del adoptante un verdadero

derecho de oposición a la adopción proyectada. En el mismo orden de ideas y a fin de garantizar los derechos de los miembros de la familia del adoptante contra una adopción que les fuera perjudicial o que estuviese hecha en fraude de sus derechos, es susceptible de dispensa la disposición del artículo 1762 del Código civil alemán, según el cual, la adopción no puede oponerse a ciertos parientes del adoptante más que si estos han estado presentes y han consentido, por consiguiente, al acto de la adopción.

bb) Del adoptado (y sus padres en su caso): En cuanto al del adoptado no plantea problema en aquéllas legislaciones en que sólo se puede adoptar a los mayores de edad: el adoptado deberá prestar su consentimiento, completado, en algún caso concreto (44) con el de sus padres. Pero según ya vimos la generalidad de las legislaciones admiten hoy la adopción de los menores de edad y ello supuesto, tales legislaciones se han visto obligadas a exigir en tal supuesto el consentimiento de los padres del adoptado y en su defecto, el de la per-

(44) Así en el Código napoleónico se subordinaba la adopción al consentimiento de los padres hasta que el adoptado tuviese 25 años. El Código austriaco de 1811, el italiano de 1865 y el rumano de 1864 establecían reglas idénticas que han desaparecido en los Códigos actuales. En el mismo Japón, según ya vimos, el adoptado mayor de edad no tiene necesidad, desde 1948, del consentimiento de sus padres. Finalmente, en Bélgica, la Ley de 1940, sin mantener la exigencia del consentimiento expreso de los padres del adoptante mayor, preve, sin embargo, que el tribunal debe escucharles antes de pronunciarse sobre la homologación del tribunal.

sona que ejerza sobre él la potestad paterna o cuando menos el derecho de guarda. Por lo general, se admite que tal consentimiento no debería ser suplido por ninguna otra autoridad. Pero esta regla general tiende a experimentar excepciones cada vez más numerosas, dada la creciente tendencia a configurar a la adopción como una institución modelada en interés exclusivo del adoptado bajo la vigilancia del juez. Así, la Ley inglesa de 1926 permite al tribunal prescindir del consentimiento de los padres, cuando la resistencia de éstos a la adopción sea injustificada y perjudicial a los intereses del adoptado. Y reglas análogas, se encuentran en la Ley de la provincia de Quebec de 1924, la Checoslovaca de 1928 y el Código letón de 1937.

Finalmente, numerosas legislaciones exigen que el adoptado menor dé expresamente su consentimiento a la adopción cuando alcance una cierta edad, edad que varía según las legislaciones: 18 años en Grecia, 16 en Francia y Bélgica, 15 en Ecuador, 14 en Holanda, Alemania, Hungría y El Salvador; 13 en Polonia; 12 en los países escandinavos y en varios Estados de Norteamérica, así como en Australia (Queensland), Islandia y Venezuela; 10 en Rusia y en la provincia de Quebec. Por su parte, el Código civil italiano de 1942 prevé que el adoptado debe ser oído si tiene más de 12 años, que de 18 a 20 años debe dar su consentimiento al mismo tiempo que su representante legal y que a partir de los 20 debe consentir él sólo a la adopción (artículo 294). El Código civil suizo y la legisla-

ción inglesa sólo exigen la intervención del menor cuando es capaz de discernimiento y más concretamente la "Adoption of Children Act" deja al juez el cuidado de apreciar cuando en razón de su edad y de su grado de inteligencia hay base para hacer participar al adoptado en el acto de la adopción.

cc) Del cónyuge del adoptante (e incluso del adoptado):

Encuanto al del cónyuge del adoptante se exige tal consentimiento por la generalidad de las legislaciones. También, el del cónyuge del adoptado por algunas legislaciones recientes: así por la belga (Ley de 1940) y la venezolana (Código de 1922). En uno y otro caso, el fundamento de tal exigencia es el mismo: que teniendo por fin la adopción establecer una especie de vínculo de filiación entre adoptante y adoptado, no puede interesar sólo a éstos, sino también a aquéllos a quienes puedan afectar las consecuencias de tal vínculo, como sucede con los respectivos cónyuges del adoptante y adoptado.

2) Condiciones negativas (impedimentos para la adopción):

Pueden ser de orden general o universalmente reconocidos por las diversas legislaciones y de orden particular y propios, por tanto, de algunas legislaciones concretas y determinadas.

a) De orden general:

aa) La existencia de hijos o descendientes del adoptante:

Ha constituido tradicionalmente un impedimento para la adop-

ción (45), por venirse entendiendo ésta como medio de consuelo imaginado en favor de aquéllos que carezcan de descendencia. Pero si incluso las nuevas Leyes de adopción de Bulgaria, Argentina, Chile y Guatemala, mantienen este tradicional impedimento, el mismo tiende a ser suprimido por las legislaciones modernas. Así, por las Leyes sueca de 1949, noruega, danesa y holandesa de 1956 y ecuatoriana de 1948. También por el Decreto costarricense de 19 de marzo de 1953 y por la Ley federal alemana de 1950, que permite, en tal caso, una dispensa de éste impedimento. También son numerosos los proyectos que inspirados en el interés del adoptado, tienden a prescindir radicalmente de éste impedimento. En sentido más restrictivo, la Ley francesa de 8 de agosto de 1941 que permite durante un período de dos años después de su promulgación, las adopciones realizadas por una persona que tuviese niños legítimos con la condición de que éstos fuesen mayores y la consientan.

bb) La existencia de hijos adoptivos (prohibición de las adopciones sucesivas): Tradicionalmente se ha venido reconociendo como un impedimento para la adopción, pese al silencio que, en este punto, se advierte en las legislaciones. Sin em-

(45) No así la de hijos naturales, salvo en algún caso muy concreto. Así el Código de Venezuela de 1922 y la Ley argentina de 23 de Septiembre de 1948, prohíbe la adopción cuando el adoptante tenga hijos naturales, a la manera que lo hacía el Código rumano de 1939 y el Código civil alemán la prohíbe también a la mujer que tenga un hijo natural.

bargo, algunas de las más modernas tratan ya de reglamentar este punto en el sentido tradicional de no permitir la adopción de varias personas más que con la condición de que sea hecha simultáneamente por un solo y mismo acto. Así en la Ley Checoslovaca de 1928 y en los Códigos civiles Griego de 1940, italiano de 1942 y venezolano de 1922. En idéntico sentido, el Código de familia búlgaro de 1949 precisa que el adoptante no debe ningún hijo adoptivo. En realidad, este impedimento se explica tanto por razón tradicional de que existiendo un hijo adoptivo ya está cumplido el fin de la adopción: que el adoptante tenga un descendiente legal, como por el deseo actual de proteger al adoptado, reforzando los efectos de la adopción.

cc) La prohibición impuesta al tutor antes del rendimien-
to y aprobación de las cuentas de la tutela: Se trata aquí de una prohibición reconocida por la generalidad de las legislaciones. Sin embargo, la francesa, como observa ANCEL (46), al no sancionar con nulidad más que las convenciones entre el tutor y el pupilo relativas a la gestión de la tutela, permite considerar lícito toda otra convención entre uno y otro, lo que ha permitido a la jurisprudencia declarar válida la adopción de un pupilo por su tutor.

dd) La prohibición de las adopciones conjuntas, salvo en

(46) L'adoption dans les législations modernes, Sirey 1958.

el caso de verificarse entre marido y mujer: Es así mismo una regla poco menos que universalmente reconocida

b) De orden particular:

aa) Prohibiciones por motivos raciales: Son propias tan sólo de algunas legislaciones. Así en Alemania, la Ley de 23 de noviembre de 1933, modificando el artículo 1754 del Código civil, había previsto que la adopción fuese rechazada por el juez encargado de autorizarla "toda vez que desde el punto de vista de la familia del adoptante o del interés general, existen razones serias para oponerse al establecimiento de un vínculo familiar entre las partes". En Italia, el artículo 290 del Código civil de 1942 establecía la prohibición de la adopción entre las personas de raza aria y las de cualquier otra raza. Desaparecidas hoy estas prohibiciones en Alemania e Italia, el impedimento racial subsiste, en cambio, en algunos estados de Norteamérica. Así en Luisiana donde el adoptante y el adoptado deben ser de la misma raza (47) y en Texas donde el impedimento se concreta expresamente a las personas de raza negra.

bb) Prohibiciones por motivos religiosos: El tradicional impedimento de origen canónico que prohíbe la adopción a los eclesiásticos y a las personas ligadas por voto de castidad, ha desaparecido de la generalidad de las legislaciones modernas. Así y muy particularmente de las de varios Estados de la

(47) Luisiana Revised Statutes of 1950, 9; 422.

América latina. Subsiste, sin embargo, el impedimento en Austria, Cuba y Uruguay (48).

cc) Prohibiciones por motivos sexuales: Persiguen evidentemente fines de moralidad. Así, la legislación inglesa prohíbe que un hombre adopte a una muchacha. Y las de Quebec, Terranova, Colombia, Panamá, Ecuador y Austria, exigen, parejamente, la identidad de sexo entre adoptante y adoptado. Pero en las restantes no se prevé este impedimento, siendo las costumbres las que se encargan, de impedir en defecto de preceptos legales, a este respecto, que puedan surgir vínculos adoptivos de tal naturaleza.

dd) Prohibiciones por motivos económicos: Algunas legislaciones, con fines igualmente de moralidad, prohíben la adopción lucrativa. Así las escandinavas, para que la adopción no debe dar lugar a ninguna gratificación, ni procurar ninguna ventaja al adoptante, con la única excepción de que tal gratificación o ventaja se utilice para el bien exclusivo del adoptado. Por lo demás, se exige que la autoridad judicial tome medidas rigurosas para evitar fraudes y garantizar los derechos del adoptado.

Más frecuentemente, las legislaciones modernas toman precauciones especiales para asegurar al adoptado menor la

(48) Una legislación muy particular, en este punto, es la del Eire, según la cual adoptante y adoptado deben (salvo excepciones legales) tener la misma religión (Ley de 13 de diciembre de 1952).

conservación de sus bienes personales. Así, el artículo 1760 del Código civil alemán impone al adoptante titular de la patria potestad sobre el adoptado y del derecho de administrar su patrimonio, hacer a sus expensas una relación de la fortuna de este último y presentarla al tribunal, que puede, si este inventario parece insuficiente, determinar que se realice uno nuevo por una autoridad competente, precisando el mismo artículo que en defecto del cumplimiento de esta obligación, el adoptante puede verse privado de su derecho de administración.

Finalmente, y para concluir con el estudio de las condiciones de fondo de la adopción, hemos de hacer constar que, así como tiende a desaparecer la exigencia de que con anterioridad a la adopción, el adoptante haya prestado cuidados al adoptado (49), está latente en todas las legislaciones modernas, la idea de que la adopción, como institución esencialmente encaminada a proteger al adoptado, debe entrañar una ventaja para este. Expresamente se reconoce tal idea en Francia, Bélgica, Italia, Suiza, Hungría, Grecia, Suecia, Dinamarca, e Inglaterra, entre los países europeos y Méjico, Venezuela, Perú, Uruguay y República Dominicana entre los americanos. Pero en definitiva esta exigencia legal hace tránsito ya a los

(49) Exigencia que inspirada por la desconfianza profesada hacia la adopción por el legislador del siglo XIX, fue establecida por el Código napoleónico, no subsistiendo hoy más que en el Código boliviano de 1830 y las Leyes argentina de 1948 y holandesa de 1956.

requisitos de forma, pues, la ventaja de la adopción para el adoptado no puede ponerse de manifiesto más que cuando se ha establecido un procedimiento especial de homologación de la misma.

B) Las condiciones de forma: Revisten extraordinaria importancia, pues, la generalidad de las legislaciones consideran a la adopción como un acto solemne, en que la Ley exige la intervención y el control de la autoridad pública.

1) La intervención y el control de la autoridad pública:
Son hoy, pues, principios poco menos que universalmente admitidos. Pero en este punto se registran tres sistemas en el Derecho comparado: 1º) Aquel en que el acto se realiza en forma auténtica por las partes (50) y es a continuación homologado por la autoridad, en este efecto, competente, que es, cada día en mayor medida la autoridad judicial; sistema este propio de casi todos los países de la Europa continental y de la América latina. 2º) Aquel en que el acto se realiza directamente por la autoridad judicial o administrativa ante la que comparecen las partes interesadas. En el primer sentido (acto realizado por la autoridad judicial), la legislación inglesa y los Códigos civiles italiano de 1942, griego de 1940, y rumano de 1939. En el segundo sentido (acto realizado por

(50) Siendo autorizada ya por un notario como en Francia o en Alemania, ya por un oficial del Registro del Estado civil o por un oficial público como en Suiza y la mayoría de los países de la América latina.

la autoridad administrativa), la legislación danesa, en que la adopción se declara por Real Decreto; la soviética en que la autoridad administrativa de la tutela es la única calificada para realizar la adopción (51) y en Australia (Queensland) en que la adopción resulta igualmente de una decisión administrativa. 3º) Aquel en que se distingue entre la adopción de mayores y la adopción de menores, configurando a la primera como un acto puramente contractual y para el cual la Ley se limita a establecer un mínimo de solemnidad y exigiendo para la segunda, dada la preocupación de proteger al adoptado que la preside, la intervención del juez y a veces incluso de organismos especializados en la protección de la juventud. En este sentido, por ejemplo, la Ley de 1º de agosto de 1934 que ha introducido la adopción en Costa Rica y el Código civil peruano de 1936.

2) La publicidad de la adopción: Es una formalidad posterior a las ya consideradas, que son simultáneas a la adopción. Tal formalidad suele ser impuesta muy particularmente por las legislaciones modernas. La francesa se muestra a este respecto particularmente exigente, puesto que además de la transcripción en el Registro del Estado civil, exige, a la vez, la inserción de la adopción en un periódico de anuncios legales y su transcripción al margen del acta de nacimiento. Pero en el resto de las legislaciones, bastará por lo general

(51) Sistema reproducido por la Ley Hungara de 1952.

con su transcripción, bien en el Registro del Estado civil como en Chile, Bolivia y Costa Rica; bien en el Registro Especial como en Inglaterra, Italia y numerosos países de la América latina. Bien entendido que la revocación o la anulación de la adopción están sometidas en último extremo, a la misma publicidad que su realización.

C A P I T U L O 2º

LOS EFECTOS DE LA ADOPCION EN EL DERECHO COMPARADO

A) Efectos positivos: Podemos clasificarlos en efectos de orden personal y patrimonial.

1) Efectos de orden personal:

a) Transmisión del nombre del adoptante al adoptado: Tal transmisión ha venido siendo una de las más fundamentales razones de ser de la adopción. Y de aquí que se reconozca universalmente, si bien con variantes según las diversas legislaciones. Así, muchas de estas admiten la sustitución por el nombre del adoptante, del nombre precedentemente llevado por el adoptado; tales las de Suiza, Hungría, Bulgaria, países escandinavos, Venezuela, Costa Rica y Japón. Y también, Francia cuando el adoptado tiene menos de 16 años. Pero más frecuentemente aún, el adoptado adquiere de pleno derecho el nombre del adoptante, bien que añadiéndolo a su propio nombre. Así, en Francia cuando el adoptado tiene más de 16 años, en Bélgica, Italia, Rumania y en cierto número de países de la América latina.

b) Transmisión de la patria potestad sobre el adoptado al adoptante: Otra de las fundamentales razones de ser de la adopción, tal transmisión ha venido siendo poco menos que universalmente reconocida. Y así, la mayoría de las legislaciones declaran expresamente que el adoptante adquiere la patria po-

testad sobre el adoptado. Es más: no faltan algunas que declaran expresamente que el adoptado adquiere, por efecto de la adopción, la cualidad de hijo legítimo del adoptante. Ya nos ocuparemos, más detenidamente de este extremo al tratar de la legitimación adoptiva. Aquí nos limitaremos a señalar como un Decreto soviético de 8 de septiembre de 1943, tomado por el Presidium del Soviet Supremo, para facilitar la adopción de los huérfanos de guerra, asimila completamente al niño adoptivo al hijo del adoptante.

2) Efectos de orden patrimonial:

a) Obligación alimenticia recíproca entre adoptante y adoptado: Son muy diversas las orientaciones seguidas, en este punto, por el Derecho comparado. Así en algunas legislaciones la obligación alimenticia incumbe primeramente a los parientes de la familia natural del adoptado y no existe entre adoptante y adoptado más que a título subsidiario y en defecto de posible ejecución por dicha familia. En otras legislaciones, por el contrario, la solución es la inversa: el adoptante está vinculado a título principal a suministrar alimentos al adoptado y así, solo si el adoptante no los suministrase debería hacerlo la familia natural del adoptado (52). Pero la tendencia más común consiste en acumular la obligación ali-

(52) Tal es el sistema admitido por el artículo 1766 del Código civil alemán y que se encuentra igualmente en el artículo 286 del Código civil suizo. Es también el admitido por Cuba, Perú y diversos países del América del Sur.

menticia nacida de la filiación adoptiva, con la derivada del parentesco natural o de sangre, bien que aquéllas legislaciones modernas que tienden a asimilar al adoptado al hijo legítimo del adoptante suprimen cada vez, en mayor grado la obligación alimenticia derivada del parentesco de sangre para no dejar subsistente más que la derivada de la filiación adoptiva.

b) Transmisión de derechos sucesorios: Las diversas legislaciones excluyen en general al adoptante de todo derecho a la sucesión del adoptado (53). Es más, algunas de ellas, como la alemana y la suiza, castigan con la nulidad toda disposición contraria. Y otras, como las de Francia, Bélgica, Italia, Islandia y Perú se limitan a conceder al adoptante un derecho de reversión sobre los bienes que haya podido donar al adoptado premuerto. En cambio, el Derecho de sucesión del adoptado, aunque con diversas variantes, se encuentra reconocido en la generalidad de las legislaciones. Así, en Francia, Bélgica, Italia, Alemania, Suiza, Polonia, Hungría, Rumania, Checoslovaquia, países escandinavos en Europa y en América en muchos Estados de Norteamérica, en la mayoría de las provincias de Canadá, en Cuba, Costa Rica, Colombia, Venezuela y Brasil, así como también en el Japón. Es más: la tendencia

(53) Así, las legislaciones que, como las de Nueva York, California y algunos Estados de Norteamérica admiten una perfecta igualdad de trato entre adoptante y adoptado, desde el punto de vista sucesorio, constituyen una excepción.

general en este punto es la de aproximar el hijo adoptivo a los hijos legítimos del adoptante, aunque no falten legislaciones (como la de diversos países de Sudamérica) que, siguiendo el criterio del Código civil español, anterior de la reforma del año 1958, no establezcan un derecho de sucesión abintestato en provecho del adoptado y se limiten a establecer simplemente que éste puede ser instituido heredero por el adoptante en la escritura de adopción.

B) Límites de la institución: Podemos concretarlos del modo siguiente:

1º) La adopción no implica ningún cambio de nacionalidad: Algunas legislaciones, como las de Francia, Alemania o Rumania, lo declaran así expresamente. Pero aún en las que nada dicen a este respecto, se admite, en virtud del carácter restrictivo de las disposiciones sobre nacionalidad, que tal silencio excluye toda posible repercusión de la adopción sobre esta. Sin embargo algunas legislaciones se manifiestan en distinto sentido, así, las de Polonia, China (en su Código de 1930) y Japón confieren al adoptado la nacionalidad del adoptante. Y por su parte la legislación belga ofrece, bajo modalidades diversas, una opción por esta nacionalidad al extranjero adoptado por un belga.

2º) La adopción solo crea vínculos jurídicos entre adoptante y adoptado: Esta limitación es afirmada por un gran número de legislaciones. Desde el punto de vista negativo se traduce, fundamentalmente, en afirmar que el adoptado perma-

nece, pese a la adopción en su familia de origen. Es el criterio que presidía según ya vimos la adopción menos plena del Derecho romano y que mantenido por el artículo 361 del Código napoleónico, ha pasado a la gran mayoría de las legislaciones latinas, a Alemania, Suiza, Grecia y Bulgaria. El criterio contrario (según el cual el adoptado rompería todo lazo con su familia de origen y pasaría a formar parte de la del adoptante) no prevaleció durante el siglo XIX, sino en aquellas legislaciones que, como la japonesa estaban fuertemente influenciadas por una organización patriarcal de la familia. Pero, en cambio, tal criterio tiende a imponerse, en el siglo actual, para mejor atender a la protección de la infancia. Así, ya el gran jurista francés HENRI CAPITANT, presidente que fué de la comisión constituida en 1929, por la Sociedad de Estudios legislativos, para examinar los retoques a hacer el régimen de la adopción como consecuencia de la reforma de 1923, se declaró convencido de la necesidad de permitir que la adopción pudiese entrañar una ruptura completa del adoptado con su familia de origen y de no tolerar, por consiguiente, ningún reconocimiento ulterior del adoptado por sus padres naturales. Y tal punto de vista ha sido consagrado por el Decreto Ley francés de 29 de julio de 1939, que permite al tribunal encargado de homologar la adopción de un menor, decidir que el adoptado dejará de pertenecer a su familia de origen, con la reserva, por lo que a los impedimentos del matrimonio se refiere de la subsistencia de éstos. Pues bien:

este mismo punto de vista tiende, como ya hemos dejado indicado, a imponerse en las legislaciones modernas. Así en Nueva York, que es imitada por un cierto número de Estados americanos y en las de Canadá (al menos en alguna de sus provincias como Terranova), Holanda, Dinamarca, Noruega, Checoslovaquia y Uruguay, todas las cuales han sentado el principio de la ruptura de los lazos entre el adoptado y su familia de origen.

C A P I T U L O 3º

LA REVOCACION DE LA ADOPCION EN EL DERECHO

COMPARADO

A) Revocación y nulidad de la adopción: Ante todo, se hace preciso distinguir entre revocación y nulidad de la adopción. Ciertamente que la adopción puede ser siempre objeto de una demanda de nulidad, en tanto que las prescripciones legales referentes a la misma sean violadas por los particulares. Pero ello no suscita grandes problemas, pues se trata aquí sino de una aplicación particular de la doctrina de la nulidad de los actos jurídicos. Por ello vamos a limitarnos a la consideración de la revocación de la adopción, como causa específica de terminación de la misma. En punto a la revocación de la adopción se señalan dos grandes fases en el Derecho comparado:

Una primera fase representada por el Código napoleónico y un gran número de legislaciones del siglo XIX que, siguiéndole, no admiten la revocación de la adopción, sentando, por el contrario, el principio de la irrevocabilidad de la misma, debido sin duda a la configuración esencialmente contractual que, en ellas, se atribuye a la adopción.

Una segunda fase representada por las legislaciones del presente siglo, que llevadas de la configuración institucionalista de la adopción y concibiendo a ésta como concebida en beneficio del adoptado, y no del adoptante, no solo admiten

la revocación, sino que tienden a multiplicar las causas de la misma. La única excepción notable, en este punto, es la "Adoption of Children Act" inglesa de 1926. Pero aún esta excepción es más aparente que real, pues, según ella, el acto de adopción es realizado por el juez que goza de un poder discrecional para insertar de oficio todas las cláusulas que le parezcan necesarias. Se puede considerar, pues, aquí, que la extensión excepcional del control preventivo ha parecido suficiente para descartar el control "a posteriori" que constituye, en suma, la revocación. También la Ley de 1939 que completa el acta de 1926 ha venido a reforzar este sistema de garantías dictando una nueva serie de interdicciones preventivas protegidas por sanciones penales.

B) Las formas de revocación: Las legislaciones modernas conocen tres formas de revocación: la revocación contractual, la revocación legal y la revocación judicial.

1) La revocación contractual: La revocación contractual es la revocación por mutuo disenso del adoptante y adoptado. Se la encuentra notablemente en Alemania, Suiza, Yugoslavia, Bulgaria, Dinamarca, Finlandia e Islandia en Europa y en América en Nueva York y en otros varios Estados de Norteamérica. También en el Japón.

Esta revocación contractual no suscita dificultades cuando las partes (adoptante y adoptado) son mayores de edad y están en el pleno uso de sus derechos civiles. Por el contrario, cuando el adoptado es menor de edad o incapaz, se

hace preciso sujetar la revocación a algunas condiciones o garantías particulares. La mayoría de las legislaciones exigen, en tal caso, que todas las personas llamadas a consentir o a concurrir a la adopción den su consentimiento o presten su concurso al acto que tiene por objeto revocarla. La Ley Checoslovaca de 1928 añadía a esta condición general una exigencia especialmente inspirada por el deseo de proteger al incapaz: que cuando entre las partes concurrentes al acto figurase un incapaz, la revocación contractual no podía producirse más que si al consentimiento del representante legal, se añadía la autorización del tribunal de las tutelas o de las curatelas (artículo 7º).

En todo caso, la revocación contractual no puede resultar más que de un acuerdo de las partes posterior al acto de adopción y no podrá producirse, por consiguiente, por el simple juego de una de las cláusulas del acto. Y así, se admite generalmente en las legislaciones que la adopción no puede ser sometida por las partes a un término, ni, a una condición. El artículo 1742 del Código civil alemán lo dispone expresamente, del mismo modo que los Códigos Griego (artículo 1575) y venezolano (artículo 276).

2) La revocación legal: Se opera, como ya lo indica su nombre, por obra de la misma Ley. Pero prácticamente son muy escasos los supuestos de revocación legal. Podríamos reducirlos a los dos siguientes: 1º) El matrimonio contraído entre adoptante y adoptado en aquéllas legislaciones (muy escasas

ciertamente) en que la prohibición de tal matrimonio no da lugar a la nulidad del mismo sino simplemente a declarar roto, en el momento mismo de su contracción, el vínculo de la adopción. Es lo que deciden expresamente los Códigos civiles alemán, suizo, griego, rumano e italiano del 1942. También la Ley noruega de 1917 y el Derecho consuetudinario húngaro.

2º) El caso de supervivencia de hijos al adoptante en aquéllas legislaciones (muy escasas igualmente) que estiman que tal supervivencia hace inútil la adopción (54) y por consiguiente debe determinar la revocación de la misma. Es lo que decide, por ejemplo, el Código civil colombiano (artículo 287). Pero se trata de una disposición en vías de desaparición. Y así no solo la generalidad de las legislaciones parten de la consideración contraria: que la supervivencia de hijos al adoptante no implica la revocación de la adopción, sino que varias la sancionan expresamente. Así, el Código civil mejicano de 1928 y el peruano de 1936.

3) La revocación judicial: Se opera, como ya lo indica su nombre, por una decisión judicial o en su caso, de los órganos competentes para declarar la adopción, como por ejemplo el tribunal de tutelas en Yugoslavia. En todo caso, estas causas de revocación (que por cierto, se inspiran, como fácilmente puede comprenderse, en el deseo de proteger al adoptado),

(54) Cuyo fin tradicional estiman es el de reemplazar para el adoptante la descendencia que este no ha podido tener.

pueden venir determinadas previamente por la Ley o por el contrario quedar entregadas a la libre apreciación judicial. En este último sentido, es de destacar la legislación soviética que ha llegado a admitir de un modo general que la adopción puede ser revocada, en todo caso, por la autoridad competente cuando ello le parezca beneficioso para el adoptado. Entre las primeras (causas de revocación judicial previamente determinadas por la Ley) destacan la condena de una de las partes a una pena criminal o correccional (así en los Códigos rumano, chino y japonés) (55), la ingratitud del adoptado y en general las causas de desheredación o indignidad sucesoria. En este sentido, por ejemplo, si bien con diversas modalidades, los Códigos suizo, griego, colombiano, venezolano y ecuatoriano, la Ley Checoslovaca de 1928 y el antiguo Derecho húngaro. Finalmente, es preciso destacar una causa especial de revocación propia de las legislaciones latinas y que se encuentra tanto en el Derecho rumano (donde constituye incluso la única causa de revocación admitida por el Código de 1864), como en el Derecho español y un gran número de legislaciones de Sudamérica, que vienen a admitir que cuando la adopción se haya verificado, durante la menor edad del adoptado o hallán-

(55) Las mismas legislaciones del Extremo Oriente han previsto también la revocación de la adopción por el abandono malicioso de una de las partes por la otra y concretamente, la legislación china admite, además, la revocación de, la adopción en el caso de desaparición del adoptado o cuando su existencia haya devenido incierta desde más de tres años.

dose éste afectado por alguna incapacidad, puede el adoptado, en un cierto período de tiempo (56) que comienza a correr el día de su mayoría de edad o aquel en que ha cesado la incapacidad, solicitar al tribunal la revocación de la adopción.

C) Los efectos de la revocación: Se concretan fundamentalmente en hacer cesar los efectos de la adopción. En su virtud, las relaciones legales de filiación entre adoptante y adoptado son anuladas y si el adoptado es menor recae bajo la potestad paterna o bajo la autoridad de las personas de las cuales dependía antes de la adopción. Pero a veces, estos efectos no se producen tan absolutamente. Así, la generalidad de las legislaciones dejan subsistir las prohibiciones del matrimonio, resultantes de la adopción, incluso después de la revocación de esta. Así lo decide, por ejemplo, el artículo 360 del Código civil belga modificado en 1940. El Código civil chino de 1930 prevé igualmente que la obligación de alimentos nacida entre las partes como consecuencia de la adopción, sobrevive a su revocación (artículo 1083). La legislación soviética se inspira en una idea análoga, permitiendo, a pesar de la revocación, condenar al adoptante a pasar una pensión alimenticia al adoptado. Y en fin, la legislación escandinava, aún admitiendo, en principio, que la revocación de la adopción hace cesar para el futuro todos los efectos de la

(56) Lo más frecuente de un año, pero el Derecho español como más adelante veremos, concede, a este respecto, al adoptado un plazo de cuatro años.

misma, autoriza, sin embargo, al tribunal que la declara a conceder al adoptado el derecho a conservar el nombre del adoptante.

Finalmente, en orden al momento a partir del cual produce sus efectos la revocación, se estima que éste es aquél en que la revocación ha sido debidamente declarada. Pero, sin embargo, en ocasiones, se da a la revocación excepcionalmente efectos retroactivos. En este sentido es de destacar el artículo 409 del Código civil mejicano de 1928, según el cual la revocación de la adopción en el caso especial de ingratitud del adoptado hacia el adoptante, remonta sus efectos al día en que ha sido sometido el acto de ingratitud sin que haya lugar, pues, a tener en cuenta la fecha en que la revocación ha sido declarada en justicia.

C A P I T U L O 4º

LAS FIGURAS AFINES A LA ADOPCION EN EL DERECHO COMPARADO

A) La legitimación adoptiva: Ya sabemos que es una particular modalidad de la adopción, concretamente aquélla en que la adopción produce efectos más intensos al conceder al adoptado la cualidad de hijo legítimo del adoptante. Pues bien: esta institución se encuentra particularmente reglamentada en Francia y en Uruguay.

1) En Francia ha sido organizada por el Decreto Ley de 29 de julio de 1939, modificado por la Ley de 8 de agosto de 1941 y completado por la de 23 de abril de 1949, disposiciones todas ellas que han dado nueva redacción a los artículos 368 a 370 del Código civil. En su virtud, la legitimación adoptiva no es posible más que en favor de niños de menos de 5 años abandonados por sus padres o cuyos padres sean desconocidos o hayan muerto o desaparecido (artículo 368). Pero esta fórmula no ha dejado de suscitar dificultades de aplicación. Así se han suscitado dos grandes problemas a la jurisprudencia. En primer lugar, ha suscitado el de saber si es preciso que los padres sean desconocidos de hecho y si basta que el lazo de filiación no esté regularmente establecido. En segundo lugar, el determinar si es necesario que el abandono del niño por sus padres sea definitivo y cuando adquiere tal carácter. En todo caso, si el niño ha sido confiado por la

asistencia pública o por una asociación de beneficencia investida de la potestad paternal a unos esposos que no llenen las condiciones de edad previstas para la adopción ordinaria, el límite de cinco años se retrasa tanto tiempo como el que medie entre el momento en que el niño ha sido confiado a los esposos y aquél en que las condiciones sean cumplidas (artículo 368 modificado por la Ley de 8 de agosto de 1941).

La legitimación adoptiva se declara por decisión del tribunal constituido en audiencia pública después de la correspondiente indagatoria (57) y debates en cámara de consejo (58). La administración, institución o persona que educa al niño es llamada obligatoriamente a dar su consejo (artículo 369).

El adoptado sale de su familia natural y tiene los mismos derechos y obligaciones que si hubiese nacido del matrimonio de sus padres adoptivos (artículo 370). Sin embargo, a la vista del propio artículo 370, en su redacción de 8 de agosto de 1941, si uno o varios de los ascendientes de los autores de la legitimación adoptiva no han dado su adhesión a ésta en un acto auténtico, el niño y sus ascendientes no se deben

(57) El precepto francés emplea la palabra "enquête" que viene a designar la operación efectuada para averiguar la verdad y que, a falta de otra expresión más adecuada traducimos por indagatoria.

(58) El precepto francés emplea la expresión "chambre du conseil", que viene a designar la sala a que los jueces se retiran para deliberar acerca de las causas ventiladas antes de dictar sentencia.

alimentos y no tienen la cualidad de herederos reservatarios en sus sucesiones recíprocas.

Al contrario de lo que sucede con la adopción ordinaria, la legitimación adoptiva es irrevocable.

Finalmente, es de destacar como la doctrina francesa actual admite el éxito alcanzado por esta institución en la práctica. Así, RAYNAUD (59) señala como los fines de la adopción se suelen realizar hoy en Francia por la legitimación adoptiva. Y LE BALLE (60), por su parte, recuerda que las cifras citadas en la Comisión de Reforma del Código civil en 1945-46, acusaban 1.500 legitimaciones adoptivas por 80 adopciones ordinarias, asegurando que incluso han aumentado. También, PLANIOL, RIPERT y BOULANGER (61) afirman que, en razón a la plenitud de sus efectos, la legitimación adoptiva es hoy la forma más utilizada de la adopción.

2) En Uruguay, la legitimación adoptiva ha sido incorporada a la legislación por la Ley número 10.674 de 20 de noviembre de 1945, modificada por la Ley número 12.486 de 26 de diciembre de 1957. La fuente de esta Ley uruguaya se encuentra en el recién citado Decreto-Ley francés de 29 de julio de 1939. Pero, es preciso remarcar, sin embargo, que en relación a la legislación francesa, la Ley uruguaya ha facilitado la

-
- (59) L'évolution de la notion de légitimation, en Le Droit privé français au milieu du XX siècle (T. I, París 1950, pág. 453).
(60) Legitimación adoptiva en jornadas de Derecho comparado, Montevideo 1955, pág. 121.
(61) Traité élémentaire, T. I, número 1638.

legitimación adoptiva y ha ampliado sus efectos. La más interesante particularidad de la Ley uruguaya reside en que ha dotado a la legitimación adoptiva de un carácter secreto, en virtud del cual ni el legitimado, ni los extraños pueden normalmente saber que la filiación legítima no es la de origen. La Ley autoriza, en efecto, una verdadera falsificación de las actas del estado civil, gracias a la cual el menor legitimado de manera adoptiva queda inscrito en el Registro del estado civil como un verdadero hijo legítimo de su nueva familia, con lo que se evita el complejo de inferioridad que puede llevar a experimentar el legitimado adoptivamente y las profundas perturbaciones psíquicas y morales que experimentan los niños (y particularmente las niñas) que ocupan en un hogar el puesto de un hijo legítimo, cuando se enteran de repente de que, en realidad, no lo son. A este respecto, es de destacar con VAZ FERREIRA y ZAJTAY (62) que los excelentes resultados prácticos de la legitimación adoptiva secreta permiten afirmar que esta es la única verdadera solución del drama de los hogares sin niños y de los niños sin padres.

La legitimación adoptiva se permite en favor de los menores abandonados o huérfanos de padre y madre o niños de padres desconocidos, pudiendo igualmente ser legitimados los pupilos del Estado, cuya situación de total abandono por par-

(62) La legitimación adoptiva en France et en Uruguay en *Revue Internationale de Droit comparé*, 1954.

te de los padres alcance a más de tres años (artículos 1º de la citada Ley de legitimación adoptiva). El propio artículo declara que no podrá efectuarse esta legitimación después que el menor cumpla dieciocho años de edad y que podrán solicitarla los cónyuges con cinco años de matrimonio, mayores de treinta y con veinte más que el menor, que lo hubieran tenido bajo su guarda o tenencia por un término no inferior a tres años, así como también el viudo o viuda y los esposos divorciados, siempre que medie conformidad de ambos, cuando la guarda o tenencia del menor hubiera comenzado durante el matrimonio y se completará después de la disolución del vínculo legal. En todo caso, la legitimación adoptiva se otorgará por justos motivos y existiendo conveniencia para el menor, probándose la condición de menor abandono por sentencia ejecutoriada que declare la pérdida de la patria potestad (artículo 2º). Finalmente, es de destacar que la adopción no es un obstáculo a la legitimación adoptiva (artículo 5º) y que, en consecuencia, los cónyuges pueden en primer lugar, adoptar a un niño y después legitimarlo.

Hasta aquí, las condiciones de fondo de la legitimación adoptiva. Entrando ahora en las condiciones de forma, es de destacar que la legitimación adoptiva tan solo puede ser acordada por el juzgado de menores, después de haber oído al Ministerio público (artículo 2º), siendo el procedimiento escrito y absolutamente secreto (artículo 6º). En todo caso, con el solo testimonio de la sentencia ejecutoriada que auto-

rice la legitimación, la parte solicitante efectuará la inscripción del menor en el Registro del estado civil como hijo legítimo inscrito fuera de término, no haciéndose en la partida correspondiente mención alguna del juicio y siendo su texto el corriente en dichos instrumentos (artículo 3º, que agrega que se realizará también la anotación pertinente en la Libreta de organización de familia de modo idéntico a la de los hijos legítimos). Finalmente, cuando el menor tuviese derechos cuyo dominio se acredite por documento público o privado, el juez dispondrá al actuario insertar una breve mención expresando el cambio de nombre del titular, mención de la que tomará nota el Registro respectivo cuando se trate de título justificativo de propiedad inmueble o constitución de derechos reales (artículo 7º).

Entrando ahora en los efectos de la legitimación adoptiva, es de destacar que una vez hecha la nueva inscripción del menor legitimado, caducarán los vínculos de filiación anterior en todos sus efectos con excepción de los impedimentos de matrimonio derivados de la paternidad o el parentesco, debiendo ser constatada esta caducidad en la primitiva acta de inscripción del menor (artículo 3º, que agrega que la legitimación adoptiva es irrevocable aunque posteriormente nazcan hijos legítimos). Por lo demás (y según el artículo 4º), la legitimación adoptiva tendrá efectos constitutivos sobre el estado civil del menor objeto de la misma, quien se reputará en adelante con los mismos derechos y deberes que si hubiera

nacido del matrimonio adoptante, lo que, en definitiva, quiere decir que tendrá los mismos derechos y deberes que un hijo legítimo no solamente frente a su nuevo padre y a su nueva madre, sino también frente a su familia de origen.

B) La afiliación: Vamos a hacer referencia aquí brevemente a la afiliación propiamente dicha (tal como la regula el Código civil italiano de 1942) y a la adopción menos plena del Código civil peruano de 1936.

En cuanto a la adopción menos plena del Código civil peruano, éste la regula sobre la base de una serie de disposiciones casi idénticas a las que regían la tutela oficiosa del Derecho francés. A saber: el artículo 344 según el cual los efectos de la adopción (adopción menos plena!) pueden limitarse a la obligación de alimentos al menor, educarlo y darle una carrera u oficio, pasando esta obligación en caso de muerte del adoptante a sus herederos; el artículo 345 según el cual para esta adopción se requiere que el adoptado sea menor de quince años; el artículo 346 según el cual si el menor no tuviera padres conocidos, prestará su consentimiento el jefe del establecimiento donde se hallare o el director de la asistencia pública del lugar; el artículo 347 según el cual la relación legal entre el adoptante y el adoptado cesa en el caso de la adopción menos plena al llegar este a su mayoría, si bien si el adoptado no se encontrase aún en estado de ganarse la vida, subsistirá para el adoptante la obligación de darle una carrera u oficio.

En cuanto a la afiliación propiamente dicha (tal como la regula el Código civil italiano de 1942) es una especie de pequeña adopción, de la cual no pueden ser objeto mas que los menores de dieciocho años, nacidos de padres desconocidos o recogidos o asistidos en una asociación de beneficencia o que se encuentren en estado de abandono material o moral o en fin que sean hijos naturales reconocidos solamente por su madre (artículo 401). Es de destacar que la Corte de casación rehusa el beneficio de la afiliación a los hijos adulterinos. Sin embargo los tribunales de Turin y Nápoles han adoptado soluciones opuestas, admitiendo la afiliación de tales hijos. En todo caso, la ley prevé que la persona que ha educado al niño o a quien el niño ha sido confiado por la institución de asistencia en cuestión, puede al cabo de tres años solicitar la afiliación del menor. La afiliación puede tener lugar incluso cuando la misma persona que la pide tiene hijos. Y se declara después de indagatoria por el juez de las tutelas, que debe examinar si las condiciones familiares, morales y económicas del requirente y del hijo justifican esta afiliación, que en caso afirmativo es seguidamente objeto de una homologación del tribunal (artículo 406); la persona que obtiene la afiliación ejerce la patria potestad sobre el afiliado. En cuanto a la revocación puede ser declarada por el juez de las tutelas en caso de desaparición de la patria potestad del afiliante cuando éste se encuentra en la imposibilidad de ejercerla e igualmente por motivos graves a solicitud incluso

de la institución de asistencia (arts. 410-411), siendo necesario en los restantes casos el consentimiento del afiliante (Ley de 9 de noviembre de 1955).

En todo caso, en el Derecho comparado se encuentran instituciones muy similares a la que nos ocupa. Prescindiendo del prohijsamiento y del acogimiento familiar que serán estudiados al tratar del Derecho español, vamos a limitarnos a considerar brevemente una curiosa institución soviética: el patronato. El patronato es un contrato por el cual una persona se compromete a educar el hijo de otra (establecida en beneficio de los huérfanos esta institución se ha extendido a los hijos de los padres desaparecidos o que no puedan subvenir a sus necesidades). Este contrato se celebra entre la persona que desea encargarse del niño y el órgano local de la Educación nacional (o de la Salud pública para los menores de tres años) en las ciudades y en las campiñas (y siempre que el niño no estuviese colocado en un establecimiento público) la caja social de ayuda mutua del Kolkhose (supuesto en que el contrato se registra en el soviet rural). El patronato dura hasta que el niño alcanza la edad de catorce o quince años. Y puede ser prolongado hasta los dieciseis si el niño continúa sus estudios y hasta los dieciocho si sus notas escolares son "bien" o "excelente". En todo caso la persona que se encarga del niño debe cumplir todas las condiciones requeridas al adoptante y sus obligaciones son: mantenimiento y educación del niño y preparación del mismo para desempeñar una activi-

dad útil a la sociedad. Debe igualmente defender sus derechos personales y patrimoniales, es decir: que deviene tutora de hecho, solo que sin recibir la calidad de tutor. El control de la buena ejecución de estas obligaciones pertenece a los órganos locales de educación nacional (o de la salud pública para los menores de tres años). Finalmente, el patronato concluye por decisión judicial en los casos en que las obligaciones derivadas del mismo no son respetadas por aquéllos que las han suscrito; si se han producido modificaciones en las condiciones familiares de las personas que hayan tomado en guarda al niño, que vengán a perjudicar el interés de éste y si los padres del niño desaparecidos en el momento del contrato le reclaman. Ni que decir tiene que los lazos entre las personas que hayan educado al niño y éste desaparecen al fin del patronato.

C) Formas campesinas de la adopción: Vamos a limitarnos a hacer referencia aquí a la más característica de tales formas de adopción en el Derecho comparado: la institución rusa de la "Primatchestvo". La "Primatchestvo" es la admisión en el seno de un hogar campesino de un tercero, fundada en el acuerdo entre los miembros de tal hogar y el "primak" (la persona que es admitida en el mismo). Esta institución conocida en la Rusia zarista es muy antigua y está reglamentada por el Derecho consuetudinario campesino. Prohibida en 1918 por los bolcheviques, fue restablecida por el Código agrario de la U.R.S.S. de 1922.

Recurren a esta institución las personas de edad que deviniendo ineptas para el trabajo buscan un hombre capaz de atender a la explotación de su tierra. El "primak" (la persona admitida en el hogar) invierte su trabajo en la explotación y por contrapartida y en cuanto miembro del hogar deviene copropietario del mismo.

Por su finalidad y condiciones la "Primatchestvo" se distingue de la adopción 1º) porque la finalidad de la "Primatchestvo" es procurar mano de obra suplementaria a una explotación agrícola, mientras que ésta se hace para asegurar mejores condiciones de educación al adoptado 2º) porque el "primak" puede ser mayor o menor mientras que el adoptado debe ser siempre menor 3º) porque para que alguien pueda entrar en un hogar campesino en calidad de "primak" es necesario el consentimiento de todos los miembros titulares de derecho del hogar, mientras que para entrar en una familia en calidad de adoptado es suficiente el consentimiento del otro cónyuge 4º) porque la "Primatchestvo" se practica exclusivamente en los hogares campesinos mientras que la adopción tiene un carácter más general.

En las condiciones de economía colectiva la "Primatchestvo" naturalmente pierde la importancia que tuvo en otros tiempos y se conserva sobre todo en las explotaciones familiares cuyo número no cesa de disminuir.

P A R T E C U A R T A

ESPECIAL CONSIDERACION

DEL DERECHO ESPAÑOL

C A P I T U L O 1º

LA ADOPCION EN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL

DE 1889

A) Los precedentes inmediatos del Código civil: En plena labor codificadora, ALONSO MARTINEZ dio cima a su Proyecto de Ley de Bases de 22 de octubre de 1881, que no contiene ninguna referencia específica a la institución que estudiamos, tal vez porque tales Bases fueron concebidas en un sentido verdaderamente amplio de concesión de extensa libertad a los eventuales redactores del texto definitivo. Y también porque el citado Proyecto no aspiraba seguramente sino a imponer con escasas alteraciones el de 1851.

Pero la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, autorizando la confección del actual Código de Derecho civil, presenta ya con relación a la adopción una breve alusión en la Base 5ª, estableciéndose en cuanto a la forma la exigencia del doble requisito de escritura pública y autorización judicial. Esta preocupación formalista y la de que no se concibiera la adopción con tal fortaleza que su abuso pudiera perjudicar la organización natural de la familia, fueron las únicas orientaciones de carácter expreso que cuidó de señalar la Ley de Bases, con lo que dejó patente un sentido de prevención y restrictivo que acabaría por encontrar acogida en el Código civil de 1889, cuya sucinta regulación a este respecto (arts. 173 a 180 del texto originario) vamos a estudiar brevemente

a continuación.

B) Las condiciones de la adopción: Hacen referencia a las personas (condiciones personales) o a la forma de la adopción (condiciones formales).

1) Condiciones personales: Se concretan en torno a quienes pueden adoptar, quienes no pueden adoptar y quienes pueden ser adoptados.

a) Quienes pueden adoptar: Quienes se hallen en el pleno uso de sus derechos civiles y hayan cumplido la edad de cuarenta y cinco años, habiendo de tener el adoptante, por lo menos quince años más que el adoptado (art. 173).

b) Quienes no pueden adoptar: Las personas a quienes el artículo 174 prohíbe la adopción o sea: 1º) Los eclesiásticos. 2º) Los que tengan descendientes legítimos o legitimados. 3º) El tutor respecto a su pupilo hasta que le hayan sido aprobadas definitivamente sus cuentas. 4º) El cónyuge sin consentimiento de su consorte, pudiendo los cónyuges adoptar conjuntamente y no pudiendo ser adoptado nadie, fuera de este caso, por más de una persona.

c) Quienes pueden ser adoptados: La única prescripción legal, a este respecto, consistía en que el adoptado tuviese, según acabamos de ver (último inciso del art. 173), quince años menos que el adoptante.

2) Condiciones formales: La doctrina las vino distinguiendo en previas, simultáneas y posteriores:

a) Previas: Requería el Código, la apertura de un expe-

diente judicial en el que había de constar el consentimiento del adoptado siendo mayor, y en caso de ser menor, el de las personas que debieran darlo para su casamiento; en caso de incapacidad, el del tutor. Además de oír al Ministerio Fiscal, el juez estaba facultado para practicar las diligencias que estimase necesarias, debiendo aprobar la adopción si se hallaba ajustada a la ley y la creía conveniente para el adoptado.

b) Simultáneas: Se concretaban en el otorgamiento, una vez aprobada la adopción, de escritura pública expresiva de las condiciones en que se hubiera hecho la adopción (art. 179).

c) Posteriores: Se concretaban en la inscripción en el Registro civil correspondiente (art. 179).

C) Los efectos de la adopción: Podemos concretarlos del modo siguiente:

1) En relación a la familia natural: La adopción era causa de extinción de la patria potestad (art. 167), 3º) o por mejor decir de suspensión, pues como declaró la jurisprudencia de la Dirección general de los Registros, en Resolución de 6 de febrero de 1900, muerto el padre adoptante, el padre del adoptado recobra la patria potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados. En todo caso el adoptado conservaba los derechos que le correspondían en la familia natural, a excepción de los relativos a la patria potestad (art. 177 in fine).

2) Derechos del adoptado respecto del adoptante: Se concretaban en usar, con el apellido de su familia, al del adoptante siempre que se hubiera expresado así en la escritura de adopción (art. 175); en recibir alimentos del adoptante sin perjuicio del preferente derecho de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos del adoptante a ser alimentados por este (art. 176) y en heredar al adoptante, si en la escritura de adopción éste se hubiese obligado a instituirle heredero (art. 177), punto esta en que, como más adelante veremos, se suscitó una terrible discusión doctrinal acerca del sentido de tal obligación y consiguientemente acerca de cuales eran, en concreto, los derechos sucesorios del adoptado.

Finalmente es de destacar que fuera de estos derechos reconocidos en el Código civil, la Ley de Arrendamientos urbanos de 21 de abril de 1958, salvando la omisión en que, a este respecto, se incurría en la anterior Ley de 1946, le reconocía al adoptado, el de subrogarse en los derechos y obligaciones que en el arrendamiento tuviera, como inquilino titular, el adoptante.

3) Derechos del adoptante respecto del adoptado: Se concretaban en el derecho de recibir alimentos del adoptado, por ser recíproca esta obligación para adoptante y adoptado (art. 176) y en los derivados de la patria potestad ejercida sobre el adoptado, entre los cuales destacaba el de dar su licencia para el matrimonio de éste (art. 46, 3º).

4) Otros efectos: Como más destacado se reconocía en el artículo 84 el de que no pudiesen contraer matrimonio civil entre sí el padre o madre adoptante y el adoptado, éste y el cónyuge viudo de aquéllos y aquéllos y el cónyuge viudo de éstos.

D) La revocación de la adopción: La adopción era, en principio, irrevocable, si bien se concedía al adoptado la posibilidad de impugnarla dentro de los cuatro años siguientes a su mayor edad o a la fecha en que hubiese desaparecido su incapacidad (art. 180).

E) Disposiciones complementarias del Código civil: Venían dadas por la Ley de 17 de octubre de 1941 relativa a la adopción de los acogidos en casas de expósitos y otros establecimientos de Beneficencia y por las disposiciones referentes al prohijsamiento y al acogimiento familiar.

Con relación a la adopción de los acogidos en casas de expósitos y otros establecimientos de Beneficencia la Ley de 17 de octubre de 1941 trató de complementar la precaria regulación del Código civil, permitiendo que los seres más desvalidos abandonados en una casa de expósitos o recogidos en otros establecimientos de Beneficencia pudieran ser objeto no de un simple prohijsamiento como hasta entonces se venia haciendo para salvar dificultades procesales, sino de una verdadera adopción. Y con este fin la Ley que nos ocupa, atribuye exclusivamente, en su artículo 1º, la tramitación del expediente de adopción a la administración del establecimien-

to benéfico en que se encontrase el presunto adoptado.

Con relación al prohijsamiento fue regulado por primera vez en la Real Cédula de 11 de diciembre de 1796 y después lo ha sido en la Ley de Beneficencia de 1822, la de 8 de septiembre de 1836, la de Gracias al sacar de 14 de abril de 1838, la de 20 de junio de 1849 y la de 28 de mayo de 1852. Según tales disposiciones, los niños expósitos o abandonados pueden ser prohijsados por personas honradas que tengan posibilidad de mantenerlos, pero sin señalar edad, condición, forma y requisitos esenciales para el prohijsamiento, que dejan a la discreción de la Junta Provincial de Beneficencia, no produciendo este más efecto que el que las leyes determinan (sentencia de 27 de diciembre de 189).

Con relación al acogimiento o colocación familiar de niños huérfanos o abandonados fue regulado por Orden de 1º de abril de 1937. Esta Orden permitió que dichos menores fueran entregados, con carácter permanente o temporal, a personas que se obligaban a prestarles los cuidados propios de un buen padre de familia y a darles instrucción escolar hasta los doce años, como mínimo, sin hacerles objeto de explotación alguna.

C A P I T U L O 2º

LA ADOPCION EN LA LEY DE REFORMA DEL CODIGO

CIVIL DE 24 DE ABRIL DE 1958

A) Razón y directrices de la reforma de los preceptos del Código civil por la Ley de 24 de abril de 1958:

1) Razón: Puede exponerse diciendo que la adopción tal como se regulaba en el texto originario del Código civil era una institución ya anticuada y reducida por otra parte a la mínima expresión. Ciertamente que como dice CASTAN (63) el Código trajo a la adopción algunas reformas beneficiosas, como la unificación de las diversas especies que admitía el Derecho antiguo y la asimilación completa entre la adopción hecha por el varón y la efectuada por la mujer. Pero contraria al sentido de marcha evolutiva porque la configura como una institución centrada no en el interés del hijo adoptivo, sino en el del padre adoptante y por otra parte, confiere a la adopción un puro carácter contractual en oposición al de instituto de Derecho familiar que siempre ha tenido. Y así no tiene nada de extraño que el legislador procediera a la reforma que nos ocupa, que da nueva redacción a los artículos 172 a 181 del Código civil y derogase, en su artículo 5º, la Ley de 17 de octubre de 1941 sobre adopción de los acogidos en casas de Ex-

(63) La sucesión abintestato del hijo adoptivo en Revista general de legislación y jurisprudencia, 1916, pág. 47.

pósitos y otros establecimientos de Beneficencia. Con esta reforma el legislador ha pretendido, pues, rectificar la anticuada concepción que de la adopción tenía el texto originario del Código civil y salvar la insuficiencia de su regulación, insuficiencia que, como afirma el preámbulo de la Ley se muestra más acusada ante la muy frecuente adopción de expósitos, donde al fallar los vínculos efectivos propios de la generación se acrecientan los derivados de la convivencia entre adoptantes y adoptado, siempre expuestos al riesgo de que la familia natural, invocando pretendidos derechos cuyos deberes correlativos no afrontó, rompa los afectos nacidos de la adopción y arranque al adoptado del ambiente familiar en que se formó. Y a esta preocupación de la Ley responden especialmente las nuevas normas sobre la adopción de los niños abandonados o expósitos.

2) Directrices: La directriz fundamental de la Ley ha sido la distinción típicamente romanista, entre la adopción plena y menos plena que se contiene en el artículo 172 al decir que "la adopción, por sus requisitos y efectos, puede ser plena y menos plena".

La adopción plena se ha establecido para los niños abandonados o expósitos y produce efectos muy superiores a los de la adopción tradicional. El adoptado queda, en ella, respecto al adoptante, en una situación jurídica muy análoga a la del hijo respecto al padre. El legislador ha pretendido así reforzar el vínculo adoptivo, haciendo esta adopción más atra-

yente para los adoptantes, que adquieren de este modo una paternidad legal, y para los adoptados, que logran el ingreso en una familia legítima y borran su desgraciado origen. Constituye, pues, la nueva regulación un esfuerzo para revitalizar y actualizar el viejo instituto de la adopción --haciendo de él un instrumento de eficaz ayuda material y moral a niños muy necesitados de ella-- de acuerdo con las orientaciones del Derecho comparado. La adopción plena de nuestra legislación actual viene a coincidir, pues, en líneas generales, con la institución de la legitimación adoptiva, ensayada con éxito, como vimos, en otros países. Si bien el legislador español no ha llegado a atribuirle la absoluta plenitud de efectos, y aunque configura prácticamente el estado del hijo adoptivo como el de un hijo legítimo, permite en último término la investigación y demostración de la realidad en ciertos casos.

La adopción menos plena configurada de modo parecido a la adopción única que regulaba el Código civil antes de la reforma, es aplicable a toda clase de personas y produce efectos menores según iremos viendo.

B) Las condiciones de la adopción: Hacen referencia, según ya sabemos, a las personas (condiciones personales) o a la forma de la adopción (condiciones formales).

1) Condiciones personales: Se concretan en torno a quienes pueden adoptar, quienes no pueden adoptar y quienes pueden ser adoptados.

a) Quienes pueden adoptar: Pueden adoptar, según el art.

173, 1º quienes se hallen en el uso de sus derechos civiles y hayan cumplido la edad de treinta y cinco años, debiendo tener el adoptante, por lo menos, dieciocho años más que el adoptado. Dos son pues los requisitos que debe reunir el adoptante:

El primero, referente a su capacidad en general, hallarse en el pleno uso de sus derechos civiles, implica que ha de tenerse la capacidad de obrar y que no podrán adoptar, por tanto, dado el artículo 32 del Código civil, los dementes (aunque tengan intervalos lúcidos), los sordomudos, los pródigos y los que sufren pena de interdicción civil.

El segundo, relativo a la edad en particular, es el de tener treinta y cinco años y llevar dieciocho de diferencia al adoptado. La edad mínima para adoptar ha sido fijada en treinta y cinco años, teniendo en cuenta el dictado de la experiencia (pues la de cuarenta y cinco años, que señalaba el Código en su redacción anterior, resultaba excesiva e impedía de hecho muchas adopciones), y la tendencia de la legislación comparada. La diferencia necesaria de dieciocho años entre la edad del adoptante y la del adoptado responde también a enseñanzas de la práctica (que acusaba de insuficiente la de quince años, establecida antes de la reforma) y coincide con la exigida según vimos en las Partidas y en algunas legislaciones actuales.

Hasta aquí tratándose de la adopción en general, porque tratándose de la adopción plena establece el artículo 178, 1º

que "solo podrán adoptar plenamente los cónyuges que vivan juntos, procedan de consuno y lleven más de cinco años de matrimonio, así como también podrán hacerlo las personas en estado de viudedad".

En cuanto a la adopción por los cónyuges es lógica si se tiene en cuenta que la adopción plena trata de imitar de un modo especialmente perfecto a la naturaleza y desea, pues, dotar de padre y madre al que carece de ellos. Por lo que respecta a la exigencia de que los cónyuges vivan juntos, parece deducirse a "sensu contrario" que no podrán adoptar los cónyuges que estén separados, aunque la separación sea sólo de hecho (64). Por lo que respecta a la exigencia de que los cónyuges actúen de consuno, significa que los cónyuges han de efectuar conjuntamente la adopción. Por lo que respecta a la exigencia de que los cónyuges "lleven más de cinco años de matrimonio", obedece al deseo del legislador de reservar la adopción para los matrimonios sin hijos. Y es que, como dice el Preámbulo de la Ley "así se evitan posibles adopciones precipitadas en los primeros tiempos del matrimonio y aun cuando no se elimina la posibilidad en algún caso de supervenencia de hijos con posterioridad a la adopción, al menos se consigue con los caracteres de generalidad que deben ser contemplados por el legislador".

En cuanto a la adopción por el viudo o viuda es lógica

(64) Parece sin embargo que subsistirá la adopción cuando con posterioridad a ella se separen los padres.

su admisión porque sólo beneficios se derivan de la misma.

b) Quienes no pueden adoptar: No pueden adoptar, además de las personas que no reúnen los requisitos indicados en el artículo 173, las que estén comprendidas en alguna de las prohibiciones establecidas en el propio artículo 173. Entre estas prohibiciones, que estaban ya formuladas en la anterior redacción del Código, las hay de carácter absoluto (como las de los números 1º, 2º y 4º, que impiden al comprendido en ellas adoptar a persona alguna) y de carácter relativo (como las del número 3º, que impide adoptar a ciertas personas determinadas). Así, está prohibida la adopción:

1º) "A los eclesiásticos", entendiéndose por la doctrina que la prohibición alcanzará por igual a los sacerdotes seculares y a los regulares. Con todo ha de reconocerse que es mas precisa la norma del artículo 83 al hablar (a propósito del impedimento matrimonial) de "los ordenados in sacris y los profesos en una Orden religiosa". La prohibición debe alcanzar, según MANRESA (65) al apóstata pues el sacramento del orden impone deberes que no se rompen con la apostasía y por otra parte puede darse el caso de que el apóstata vuelve a su religión. En cuanto al fundamento de la prohibición, en cuestión, es claro: se ha querido evitar nos dice DE DIEGO (66)

(65) Comentarios al Código civil, T.II (7ª edición), pág. 116.

(66) Curso elemental de Derecho civil, Madrid 1927, T. II, pág. 300.

que pudieran ampararse relaciones familiares no permitidas, ya quebrantando en la apariencia el rigor del celibato eclesiástico o facilitando a las personas investidas de este carácter, medio de lograr un estado civil para la prole sacrílega habida con infracción de la ley canónica.

20) "A los que tengan descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos": La inclusión aquí de los hijos naturales reconocidos (el Código, en su redacción anterior, mencionaba solo a los hijos legítimos y legitimados) ha sido la única novedad de la Reforma en punto a las prohibiciones para adoptar. En todo caso el fundamento de la que ahora nos ocupa parece clara; quien ya tiene descendientes no necesita, en rigor, de la adopción ... aparte de que, en tal caso, ésta podría dar lugar a serios conflictos entre los hijos adoptivos y los verdaderos. Pero claro que si el nacimiento de estos ha sido posterior a la adopción, no afectará a la validez de ésta, a no ser que se tratase de hijos ya concebidos, pues a estos se les tiene por nacidos para todos los efectos favorables y para ellos es un efecto favorable la prohibición de adoptar impuesta a sus padres. Finalmente hemos de destacar con BLAS PINAR (67) que no mencionando el Código en la prohibición que nos ocupa la existencia de hijos adoptivos, hay que entender que esta no obsta a la realización

(67) La adopción y sus problemas jurídicos en Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. VIII, 1954, pág. 26.

de una segunda o posterior adopción.

3º) "Al tutor respecto de su pupilo hasta que le hayan sido aprobadas definitivamente sus cuentas": El fundamento de esta prohibición es claro: trata de evitar que el tutor eluda rendir cuentas.

4º) "Al cónyuge sin consentimiento de su consorte". El fundamento de esta prohibición es claro: impedir que el hecho de la adopción produzca conflictos conyugales. Ello supuesto, parece en principio que esta prohibición no tendrá aplicación cuando los cónyuges estén separados legalmente, pero, en realidad, no es ello así porque "ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus". En este sentido se manifiesta, por ejemplo BLAS PINAR (68) quien entiende que en tal caso (o sea: en caso de separación) no cabe, si es negado el consentimiento por uno de los cónyuges, la habilitación judicial dados los términos absolutos en que el precepto aparece redactado. Destaquemos finalmente que no existiendo en el Código provisiones como las que se formulan en algun Código extranjero acerca de como ha de manifestarse el consentimiento del cónyuge del adoptante, habrán de observarse, en este punto, las reglas generales acerca de las declaraciones de voluntad.

Siguiendo ahora con el número cuarto del artículo 173, hemos de observar como, en el mismo, se añade que "los cón-

(68) Op. cit. pág. 211.

yuges pueden adoptar conjuntamente y fuera de este caso nadie puede ser adoptado por más de una persona". La doctrina hace notar que seguramente el Código se refiere a la adopción simultánea, no a la sucesiva, ya que, una vez muerto el adoptante, no puede haber inconveniente en que su hijo adoptivo sea adoptado por otra persona. También entiende la doctrina que si llega a declararse la nulidad del matrimonio cuyos cónyuges hubieran realizado la adopción conjunta de otra persona, se extinguirá esa adopción, toda vez que nadie puede ser adoptado por más de uno, fuera del supuesto de adopción por los cónyuges, que en este caso han dejado de serlo.

Finalmente, se ha planteado la duda de si pueden adoptar, en Derecho español, ciertas personas (como los extranjeros, las personas de mala fama o las de raza distinta al adoptante) en las que parece concurrir alguna circunstancia que aconseja prohibir la adopción, pero que no están incluidas en las prohibiciones del Código civil. La regla general habrá de ser la capacidad para adoptar, pues no se pueden ampliar las excepciones previstas por el legislador; pero pueden darse en el adoptante circunstancias que, una vez reflejadas en el expediente de adopción, provoquen la negativa del Juez a autorizar una adopción que resultaría inconveniente para el adoptado. En este sentido, por ejemplo, hace notar BLAS PINAR (69) que aun cuando la mala reputación no sea impedimento para la

(69) Op. cit., pág. 27.

adopción, es indudable, sin embargo, que será una circunstancia que habrá de reflejarse en el expediente de adopción e influirá en la decisión del Juez, quien no podrá aprobar una adopción que sería inconveniente para el adoptado. Y lo mismo puede decirse en cuanto a la solvencia económica del adoptado.

c) Quienes pueden ser adoptados: Pueden ser adoptados todos aquéllos que tengan dieciocho años menos que el adoptante (art. 173, 1º). Pero si el adoptado fuera menor o incapaz habrá de hacerse constar en el expediente de adopción el consentimiento de las personas que debieran darlo para su matrimonio y si fuera casado el de su cónyuge (art. 176, 1º). La exigencia del consentimiento del cónyuge del adoptado es una innovación de la reforma de 1958. El Código civil, en su redacción anterior, guardaba silencio acerca de éste requisito, que, sin embargo, parecía exigible, ya que en el supuesto de adopción de una mujer casada, era necesaria la representación o, licencia del marido, porque debía considerarse comprendido el caso en el espíritu de los artículos 60 y 61; y si se trataba de adopción de hombre casado, parecía también necesario el consentimiento de la esposa, en razón a que, exigiéndose por el Código el consentimiento del cónyuge del adoptante, no habría causa para dejar de exigir la conformidad del cónyuge del adoptado. No obstante, la sentencia de 30 de mayo de 1951 se pronunció en contra de la exigencia de consentimiento.

Un supuesto particular es el de si pueden ser adoptados por sus padres los hijos ilegítimos. La generalidad de los autores españoles han entendido que no, tratándose de los hijos naturales, pues la facultad de reconocerlos excluye la de adoptarlos, máxime cuando el hijo reconocido tenía mayores derechos que el adoptado. En cambio, hay discrepancia de opiniones tratándose de los demás ilegítimos, pues mientras algunos dicen que si consta la paternidad no pueden ser adoptados, otros consideran que el Código no lo prohíbe, y que el medio de la adopción puede ser conveniente para esos desgraciados, excluidos de los beneficios de la legitimidad y de la legitimación. Por su parte, MUCIUS SCAEVOLA llega a estas conclusiones que parecen muy razonables:

1ª) Respecto del hijo natural reconocido, no cabe que sea adoptado por su propio padre, por la razón de que perdería en consideración y en derechos.

2ª) Respecto al hijo natural no reconocido, es de advertir que si se hiciese constar en la escritura de adopción el lazo natural entre adoptante y adoptado, desaparecería la adopción, generándose en su lugar el reconocimiento del hijo, toda vez que, desde aquel mismo instante, si bien la voluntad del padre no se habría manifestado de un modo expreso en el sentido de adoptar, existiría ya un escrito indubitado en el que la paternidad quedaba confesada.

3ª) Que, fuera de ello, tratándose del hijo natural no reconocido, o del adulterino, o de cualquier otro de los com-

prendidos en el término genérico de hijos ilegítimos, la adopción, sea cualquiera la apreciación que pueda suscitar en los dominios de la moral, no ofrece, en el terreno legal, dificultad alguna, por que desde el instante que se desconoce la relación de naturaleza que existe entre el que adopta y el adoptado, viene a equipararse el caso al de adopción de un extraño cualquiera.

Hasta aquí tratándose de la adopción en general, porque tratándose de la adopción plena establece el artículo 178, 2º que "unicamente podrán ser adoptados los abandonados o expósitos que siendo menores de catorce años lleven más de tres en tal situación o siendo mayores de catorce años hubiesen sido prohijados antes de esa edad por los adoptantes". La reforma española ha reservado pues la adopción plena para los abandonados o expósitos, sin estimar conveniente extenderla (como en otras legislaciones vimos se hacía con la legitimación adoptiva) a los huérfanos; éstos, pues, serán sólo susceptibles de adopción menos plena. Por lo demás quiere el legislador también reservar la adopción plena a los niños, fijando la edad límite para ser adoptado en los catorce años (superior a la de cinco, que vimos marcada para la legitimación adoptiva por el legislador francés, en el actual texto del artículo 368 del Codex), si bien se autoriza la adopción de los mayores de catorce años cuando antes de esa edad estaban ya prohijados por los adoptantes y no se realizó la adopción plena.

2) Condiciones formales: La doctrina las sigue distinguiendo en previas, simultáneas y posteriores:

a) Previas: Se concretan en la instrucción del expediente de adopción y la aprobación judicial. La doctrina legal, a este respecto, se contiene en el artículo 176. Así, en su párrafo 1º se dice que la adopción se autoriza previo expediente en el que necesariamente se manifestará a la presencia judicial el consentimiento del adoptado mayor de edad; y si éste fuera menor o incapaz habrá de acreditar, según vimos, el consentimiento de las personas que deben darlo para su matrimonio, y si fuere casado el de su cónyuge. En cuanto al párrafo 2º del propio precepto dispone que "Si el adoptado estuviese sometido a la tutela de una Casa de Expósitos u otro establecimiento de Beneficencia, el expediente se tramitará exclusivamente por la Administración de éste, haciendo las comprobaciones necesarias, oyendo al adoptado, si tuviere suficiente juicio, y a sus más proximos parientes, si fueren conocidos", añadiendo que el expediente se elevará al Juez, quien en el plazo de ocho días, y previa audiencia del Ministerio fiscal, lo aprobará o señalará las causas que lo impidan. Claro que se impone completar este precepto con los artículos 1825, 1826 y 1828 a 1831 de la Ley de Enjuiciamiento civil en los que se establecen los trámites para la comparecencia de los interesados, información de testigos, dictamen fiscal y resolución del Juez. En todo caso los poderes de éste en orden a la aprobación de la adopción tienen, según el

último de los artículos citados, cierta amplitud, pues puede negar tal aprobación no solo cuando la adopción no esté ajustada a la Ley, sino también cuando no la crea conveniente al adoptado. Finalmente, en cuanto a la competencia del Juez para instruir el expediente de adopción no suscita problemas. Así será competente el Juez del domicilio del adoptante, a tenor del artículo 63, regla 16 de la Ley de enjuiciamiento civil.

b) Simultáneas: Se concretan en la escritura de adopción. "Aprobada definitivamente la adopción por el Juez (dice el actual artículo 177 de Código civil) se otorgará escritura expresando en ella las condiciones en que se haya hecho". A la vista de este precepto (y del casi idéntico de la anterior redacción del Código civil) se ha discutido si la adopción se perfecciona en el momento de la aprobación judicial o en el de otorgarse la escritura. En la doctrina española reciente BLAS PIÑAR ha centrado el nacimiento de la adopción en la escritura, afirmando que ésta tiene valor ad substantiam y que no puede decirse que el vínculo de la filiación adoptiva haya surgido entanto que dicha escritura no haya sido otorgada; aquí al igual que en otros negocios jurídicos de Derecho privado, la escritura pública ha sido elevada por el Código a requisito sine qua non. El consentimiento inicial en el expediente --afirma BLAS PIÑAR-- no tiene eficacia constitutiva y es tan solo prueba de una simple pretensión procesal; el único consentimiento de eficacia creadora es el re-

cogido en la escritura, que fija de manera terminante la nueva situación jurídica derivada del vínculo civil que se establece entre las partes.

En punto a si el consentimiento se puede prestar por apoderado hay que destacar que, aunque el artículo 177 parece dar por supuesta la comparecencia personal de los sujetos que consienten la adopción, sin embargo ello parece perfectamente posible en cuanto la Ley no lo prohíbe (70). Pero es más: aunque se entendiera con BLAS PINAR (71) que la emisión de consentimiento en estos supuestos tiene carácter personalísimo (cosa que evidentemente es indiscutible si han de efectuarse declaraciones de voluntad dirigidas a la producción de efectos "mortis causa", pues entonces participa de la naturaleza de los testamentos), cabría decir con el mismo jurista que sin embargo es admisible delegar la mera facultad del otorgamiento, si bien hay que convenir que entonces tal delegación o será un puro trámite administrativo (caso del que realiza, por lo general, el presidente de la Diputación respecto a los expósitos) o mejor que de un negocio de apoderamiento se tratara de la estricta actividad de un "nuntius". En todo caso, el adpoderamiento en cuestión habrá de ser concedido como observa GAMBON ALIX (72) mediante escritura con-

(70) En el mismo sentido, con respecto al Derecho frances se manifiesta Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, París 1948, T.I., pág. 558.

(71) Op. cit., pág. 20.

(72) Op. cit., pág. 173.

forme al artículo 1280, 5º del Código civil no solo por haber de presentarse en actuaciones que "lato sensu" pueden denominarse "juicio" (ya que el Juez ejercita aquí una actividad intelectual lo mismo que en lo contencioso) sino sobre todo porque tiene por objeto un acto que debe redactarse en escritura pública.

c) Posteriores: Se concretan en la inscripción en el Registro civil correspondiente. Así lo establece el actual artículo 177, último inciso, del Código civil, estableciendo, por su parte el artículo 46 de la Ley del Registro civil de 1957 que la inscripción de la adopción se hará al margen de la de nacimiento. Bajo la anterior legislación una Resolución de 22 de marzo de 1946 vino a sostener, en cierto modo, el carácter constitutivo de los asientos de adopción al afirmar que la adopción "no queda perfeccionada sin el requisito esencial de la extensión de dicha nota" --la practicada en el Registro civil-- . Tal doctrina, inaceptable bajo la anterior Ley del Registro civil, lo es igualmente con referencia a la vigente; una cosa es el valor privilegiado y preferente de la inscripción como instrumento probatorio y otra que la inscripción se erija en requisito cuya concurrencia es indispensable para que el acto surja a la vida jurídica con plena efectividad. Solo cuando la Ley, como en el caso de la naturalización ocurre, coloca a la inscripción entre los elementos constitutivos de la mutación de estado civil, puede admitirse que la inscripción tenga valor constitutivo. Así, la doctrina

dominante ha entendido que esta inscripción carece de efectos constitutivos y que su omisión no afecta a la validez del acto. Y no cabe duda que está en lo lógico, pues, aparte de lo ya dicho, no ha sancionado con nulidad la falta de este requisito, a diferencia de como lo ha hecho, por ejemplo, el artículo 176 con los relativos al expediente de la adopción.

C) Los efectos de la adopción: Podemos concretarlos del modo siguiente:

1) En relación a la familia natural: Tratándose de la adopción en general, no ha cambiado nada respecto a la anterior redacción del Código civil. Solo que la norma que antes establecía que el adoptado conservaría los derechos sucesorios que le correspondiesen en la familia natural (art. 177 in fine según sabemos) es ahora el artículo 174, 5º.

Ahora bien: tratándose de la adopción plena el legislador tratando de cortar la posibilidad de interferencias abusivas de la familia natural en la familia adoptiva, ha acentuado la definitiva adscripción del adoptado a esta última. Y de acuerdo con este propósito, el Código civil, en su actual redacción, dispone: "El adoptado está exento de deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza, pero conservará los derechos sucesorios, y también los alimentos cuando no los pueda obtener del adoptante en la medida necesaria" (art. 179, 2º). Por su parte "Los parientes por naturaleza no conservarán (con respecto al adoptado claro está) ningún derecho, salvo los que asistan a

los padres por razón de la deuda alimenticia cuando se dieren las circunstancias expresadas en el artículo 175 para extinguir la adopción" (art. 179, 3º). Finalmente la distancia que se establece entre el adoptado y su familia natural lleva también al legislador a disponer que se pida, en defecto del adoptante, al Consejo de familia (y no a los parientes naturales) la licencia para el matrimonio del adoptado (art. 47, 2º, reformado). En cambio, en la adopción menos plena el Código civil establece expresamente que "en defecto del adoptante la patria potestad pasará a los padres por naturaleza" (art. 180, 2º, reformado) y llama a los parientes naturales antes que al Consejo de familia a dar su licencia, en defecto del adoptante, al matrimonio del adoptado (art. 47, 2º, reformado).

2) Derechos del adoptado respecto al adoptante: Podemos concretarlos del modo siguiente:

a) Apellidos: El adoptado puede usar los apellidos del adoptante, pero en este punto se impone distinguir entre la adopción plena y menos plena.

En la adopción plena aspirándose a procurar al adoptado una situación jurídica semejante a la de hijo, el legislador le ha atribuído absolutamente los apellidos del adoptante, sin perjuicio de permitir en casos excepcionales, la investigación y demostración de la filiación verdadera. El Código civil, en efecto, dice hoy: "El adoptado, aunque conste su filiación, ostentará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes" (art. 178, 3º); "El Registro civil no publicará, a partir

de la adopción, los apellidos impuestos al adoptado en su inscripción de nacimiento, ni dato alguno que revele su origen. No obstante, el Juez de Primera Instancia podrá acordar que se expida certificación literal del acta de inscripción de nacimiento del adoptado, a solicitud de quien justifique interés legítimo y razón fundada para pedirla. La resolución judicial no será necesaria si el solicitante fuese el propio adoptado mayor de edad" (art. 178, 4º). Por lo demás la atribución al adoptado de los apellidos de los adoptantes esta acorde con las orientaciones de la doctrina y de la legislación comparada. El Derecho francés actual incluso permite, según vimos en la legitimación adoptiva, la modificación del nombre de pila del adoptado, a petición de los esposos adoptantes (art. 369 del Código, según la ley de 23 de abril de 1949).

En la adopción menos plena, en cambio, no hay tal atribución absoluta de apellidos. Y así el Código civil se limita a establecer que "el adoptado podrá usar con el apellido de su familia el del adoptante, si se expresa en la escritura de adopción, en la que en tal caso se establecerá el orden en que haya de usarlos" (art. 180, 3º). El texto legal aspira, sin duda, a terminar con las discusiones que existían acerca del orden de los apellidos.

b) Alimentos: El adoptado tiene derecho a recibir alimentos del adoptante sin perjuicio del preferente derecho de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos del adoptante a ser alimentados por este (art. 174, 2º). Como se

ve la Reforma de 1958 ha suprimido el derecho preferente de alimentos que a los ascendientes del adoptante concedía el artículo 176. Por lo demás, la salvedad que el Código civil contiene a favor de los hijos de sangre no implica, en principio, exclusión del hijo adoptivo, sino mera preferencia de aquéllos cuando el adoptante carezca de medios de fortuna para cumplir a la vez su obligación con uno y otros.

c) Derechos sucesorios: Este es el punto más discutido en orden a los efectos de la adopción y en general en orden a toda la institución. El Código civil, en su anterior redacción, se limitaba, según ya vimos, a conceder al adoptado el derecho a heredar al adoptante si en la escritura de adopción este se hubiese obligado a instituirle heredero (art. 177). Pues bien: este precepto suscitó gravísimos problemas y con ello una gran discusión doctrinal.

En cuanto a los problemas suscitados giraban todos en torno al supuesto de que habiéndose obligado el adoptante a instituirle heredero en la escritura de adopción muriese sin cumplir tal obligación. Pero, a su vez, dentro de este supuesto, se hacía preciso distinguir según que el adoptante muriese sin testamento y sin dejar descendientes ni ascendientes o bien sin testamento, pero dejando descendientes o ascendientes o bien con testamento en que no se instituyese heredero al adoptado, sino a un tercero. Pues bien: en el primer caso

fueron muchos los autores (73) que estimaron que el hijo adoptivo adquiriría la cualidad de heredero intestado del adoptante y sucedía, en tal concepto a este y en el mismo sentido se manifestó la célebre sentencia de 19 de abril de 1915 referente a un supuesto en el que los adoptantes se habían comprometido a instituir a su hija adoptiva en la porción correspondiente a los hijos legítimos. Pero mayores dificultades se suscitaron en los dos restantes casos, pues mientras unos trataban de equiparar los hijos adoptivos a los hijos naturales (74), otros trataban de equipararlos a los hijos legítimos (75), sin que faltara incluso quien negara en tales supuestos todo derecho a los hijos adoptivos. En este sentido (y por mas que su tesis fuese muy criticada por privar de toda eficacia y utilidad al precepto legal) se manifestaron, por ejemplo, MUCIUS (76) y COMAS (77). Particularmente este último mantuvo la conclusión de que la obligación asumida por el adoptante

(73) Así Sanchez Roman (Estudios de Derecho civil, T.V, v. 2º, págs. 1104-5), Mucius Scaevola (Comentarios al Código civil, T.III, págs. 440 y ss), Castan (La sucesión abintestato del hijo adoptivo en Revista general de legislación y jurisprudencia 1916, págs. 51 y ss) y Cabello y Guillen De Toledo (Derechos hereditarios de los hijos adoptivos en el Código civil, pág. 12).

(74) Así Valverde (Tratado de Derecho civil español, T. IV, pág. 460) y De Buen (Notas al Curso elemental de Derecho civil de Colin y Capitant, T.I, pág. 625).

(75) Así Castan (Derecho civil español comun y foral, T.IV, pág. 65 y también en las Notas de Ennecerus, Tratado T. IV, v.2º, pág. 177).

(76) Op. cit., pág. 720.

(77) La revisión del Código civil.

carecía de toda eficacia en el caso de que éste no la cumplierse voluntariamente. Y así dice que se trata, aquí, de una obligación enteramente desprovista de todo efecto legal y que hubiera sido preferible seguir al Proyecto de 1851 que estableció que ni el adoptante ni el adoptado adquirirían derecho alguno a sucederse sin testamento, en lugar de caer en el contrasentido de establecer una obligación que a nada obliga y utilizable tan solo como pretexto para despertar esperanzas ilusorias, ocasión de engaño para los que hayan de apreciar la conveniencia de la adopción y motivo de cuestiones y pleitos para el adoptado que confiado en la declaración de la Ley y en el compromiso, trate de hacer efectivo su pretendido derecho.

En cuanto a la discusión doctrinal acerca de esta cuestión, es de destacar como, además de cuanto ha quedado dicho, frente a los autores indicados, otros adoptaron una posición mucho más progresiva afirmando que la citada obligación de instituir heredero no era una simple obligación, sino que equivalía a una auténtica institución (concretamente una institución contractual) de heredero. En este sentido, se han manifestado ORTEGA LORCA, BLAS PINAR (78), LA RICA (79),

(78) Op. cit.

(79) Recensión a la conferencia de Blas Piñar, en Revista crítica de Derecho inmobiliario, 1950, págs. 225 y ss.

ROCA SASTRE (80), ROBLES FONSECA (81) y DE LA CAMARA (82). Particularmente dice este último que el pacto de institución de heredero a que se refiere el artículo 177, debe considerarse como un verdadero título hereditario excluyente de la sucesión legítima y no como una mera promesa de institución porque, como observa VALLET, no es posible obligarse a instituir heredero a alguien, pues ello supondría obligarse a otorgar testamento y a hacerlo en determinado sentido lo que repugna al concepto mismo del testamento que es un acto esencialmente revocable y libre. Así pues, tal obligación repetimos equivale a una propia institución contractual de heredero, fruto, en definitiva, del correlativo pacto o contrato sucesorio. Lo que sucede es que al hablar de pacto o contrato sucesorio hay que tener en cuenta que más que un propio contrato se trata aquí de un autentico negocio de disposición por causa de muerte. Y así falta en él como muy bien destacan BINDER (83) y LACRUZ BERDEJO (84) el vínculo obligacional propio de los contratos. Así, el adoptante en el supuesto que nos ocupa no está obligado en modo alguno a cumplir con la hipotética obligación de instituir heredero, sino que, como

-
- (80) Estudios de Derecho privado, T.II (Sucesiones), pág. 353.
(81) Puede el padre adoptante desheredar a su hijo adoptivo? en Revista critica de Derecho inmobiliario, 1942, pág. 543.
(82) Los derechos sucesorios del hijo adoptivo en Revista de Derecho privado, 1951, pág. 96.
(83) Derecho de sucesiones.
(84) Notas al Derecho de sucesiones de Binder.

consecuencia de la efectiva disposición "mortis causa" operada se ve privado de la posibilidad de disponer en tal concepto, para lo sucesivo, en la medida afectada por su disposición y salvo, en todo caso, el debido respecto a las legítimas. Con lo que ya se comprende que la disposición, en cuestión, es irrevocable. Ningún obstáculo a esta posición significa desde el punto de vista legal el artículo 1271, 2º del Código civil, prohibitivo, en términos generales, de la sucesión contractual, pues las reglas generales tienen sus excepciones. Y así como muy bien dijo la sentencia de 30 de mayo de 1951: "no obstante el criterio prohibitivo que en materia de sucesión contractual inspira los preceptos del Código civil y que se refleja en el artículo 127 del mismo, es lo cierto que dicho Código contiene diversas normas que se separan de aquel criterio, entre las que figura el artículo 177... siguiéndose lógicamente de este precepto legal que el pacto sucesorio contenido en la escritura de adopción cuya validez es objeto de la actual controversia está sujeto a las normas reguladoras de los actos de disposición por causa de muerte.

Pues bien: esta progresiva posición ha sido acogida por la Reforma de 1958. Y así dice el Código civil, en su actual redacción que "Los derechos del adoptado en la herencia del adoptante y establecidos en la escritura de adopción, son irrevocables y surtirán efectos aunque éste muera intestado, salvo que el adoptado incurriere en indignidad para suceder o causa de desheredación, o se declare extinguida la adopción"

(art. 174, 3º) añadiendo que "El pacto sucesorio no podrá exceder de los dos tercios de la herencia del adoptante, sin perjuicio de los derechos legitimarios reservados por la Ley a favor de otras personas" (art. 174, 4º). Con ello (y como dice el Preámbulo de la Reforma de 1958) se ha salvado la imprecisión legal en que incurría el texto anterior del Código civil, al reconocer validez a las estipulaciones contenidas en la escritura de adopción, pero con el ambiguo carácter de obligación de instituir heredero, fórmula con la que, al parecer, se pretendía dejar a salvo el principio prohibitivo de los pactos sucesorios al que, por lo demás, no es difícil encontrar excepciones dentro del propio Código civil.

Finalmente hemos de hacer constar que si bien en la adopción menos plena "el adoptado, como tal, sólo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción, sin perjuicio de la legítima de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos que pudiera tener el adoptante" (art. 180, 4º), en cambio en la adopción plena, independientemente de los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción, se han concedido al adoptado derechos en la sucesión legítima y en la forzosa del adoptante, estableciendo a este respecto el artículo 179, 1º que "por ministerio de la Ley y por representación sus descendientes legítimos tendrán en la herencia del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido". Por contrapartida y según el mismo precepto el adoptante adquiere en

la sucesión del adoptado los derechos que la Ley concede al padre natural.

d) Otros derechos: No habiendo conferido el Código español al hijo adoptivo la posición jurídica civil del hijo legítimo, pues ni siquiera la nueva modalidad de la adopción plena atribuye de un modo perfecto esta cualidad, no parece que pueda admitirse en general la presunción de que, cuando las leyes hablan de hijos legítimos, quieran comprender con éstos los adoptivos. Sin embargo, en algunas leyes sociales se nota la tendencia a asimilar los hijos adoptivos a los legítimos, para algunos efectos. Así, en la Ley de arrendamientos urbanos de 21 de abril de 1958, que salvando la omisión en que este respecto se incurrieran la anterior Ley de 1946, permite a los hijos adoptivos, según ya vimos, subrogarse en los derechos y obligaciones que en el arrendamiento tuviera como inquilino titular, el adoptante.

3) Derechos del adoptante respecto al adoptado: Ante todo "la adopción atribuye al adoptante la patria potestad respecto del adoptado menor de edad (art. 174, 1º reformado) y de aquí que el adoptante goze de los derechos derivados de la misma como el de dar la licencia para el matrimonio del adoptado (art. 47, 2º, reformado). Lo que sucede es que tratándose de la adopción menos plena, no se atribuye al adoptante el usufructo de los bienes del adoptado, ni la administración, si no asegura con fianza sus resultados a satisfacción del Juez del domicilio del menor o de las personas que deben

concurrir a la adopción (art. 166, reformado). Para el caso de que uno de los cónyuges adopte al hijo legítimo, legitimado o natural reconocido del otro consorte, el Código previene que "la patria potestad se atribuirá a ambos por el orden establecido en el artículo 154" (art. 180, 1º, reformado); es decir, que se atribuirá al padre y, en su defecto, a la madre.

En todo caso, siendo recíproca la obligación de alimentos para adoptante y adoptado, también aquél podrá reclamarlos de este cuando llegue el caso (art. 174, 2º, reformado).

4) Otros efectos: Ya vimos como a tenor del artículo 84 del Código civil no pueden contraer matrimonio civil entre sí "el padre o madre adoptante y el adoptado, éste y el cónyuge viudo de aquéllos; y aquéllos y el cónyuge viudo de éste" (núm. 5º), ni "los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado, mientras subsista la adopción" (núm. 6º), siendo nulo el matrimonio contraído por estas personas, sin dispensa, (art. 101, 1º) y pudiendo el Gobierno dispensar el impedimento referente a los descendientes del adoptante (art. 85). Más recientemente el artículo 174, 7º, reformado establece que "la adopción produce parentesco entre el adoptante de una parte y el adoptado y sus descendientes legítimos de otra, pero no respecto a la familia del adoptante con excepción de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales", de donde se deduce que de la adopción nace, en Derecho español, un impedimento dirimente para el matrimonio.

D) La revocación de la adopción: La legislación española, a partir de la reforma de 1958, se ha inclinado declaradamente por el criterio de la irrevocabilidad: el artículo 175, en su nuevo texto, preceptúa que "la adopción es irrevocable" fundando el Preámbulo de la Ley de reforma este criterio en que "la adopción ha de gozar de la mayor estabilidad, pues afectando profundamente al estado y condición de las personas, sería perturbador dejar su subsistencia a la voluntad concorde o unilateral de los interesados". En este sentido se ha manifestado también CONDOMINES (85) al decir que la conducta del hijo puede resultar triste, desagradable, molesta, pero acaso no ocurre lo mismo con los hijos legítimos?

Pero que la adopción sea irrevocable, no quiere decir que la misma sea inimpugnable. Y así, según el propio artículo 175, 1º, pueden pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción del menor o incapaz, "el padre o madre legítimos o naturales durante la minoría o incapacidad del adoptado si el hijo hubiere sido abandonado o expósito y ellos acreditaren suficientemente su falta total de culpabilidad en el abandono y su buena conducta a partir de éste"; también puede pedirlo "el Ministerio fiscal cuando lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado". El precepto, sin señalar las causas concretas de impugnación,

(85) La adopción. El Código civil y proyectos de reforma, Barcelona 1957, pág. 30

añade que "el Juez ponderará los motivos alegados muy especialmente la moralidad de los padres y el tiempo transcurrido desde la adopción, oyendo al adoptado si su estado de razón lo aconseja y resolviendo lo que estime más conveniente para éste"; hay que reconocer en el juzgador, pues, facultades amplias para apreciar discrecionalmente tales las causas. Puede impugnar asimismo la adopción según el artículo 175, 2º, "el mismo adoptado dentro de los cuatro años siguientes a la mayoría de edad o a la fecha en que la incapacidad haya desaparecido, siempre que se funde en alguna de las causas que dan lugar a la desheredación de los ascendientes". Los motivos han de ser aquí, pues, los del artículo 854. Y para el caso de que por la impugnación victoriosa, se declare extinguida la adopción, el Código dispone que ésta "quedará sin otros efectos que los ya consumados" (art. 175, párrafo penúltimo), previniendo también el Código, finalmente, que "el reconocimiento de la filiación natural del adoptado o su legitimación no afectará a la adopción" (art. 175, párrafo último).

En punto a la nulidad de la adopción nuestro Código en su redacción anterior, no consagraba ninguna norma a ese punto, pudiendo estimarse que eran de aplicación las reglas generales sobre nulidad de los negocios jurídicos, si bien la jurisprudencia descartó algunos motivos concretos de nulidad. En la actualidad, el texto reformado del artículo 176, 3º declara nula la adopción en la que no se cumplan los requisitos exigidos en el mismo precepto, que ya hemos examinado enten-

diéndose que la acción de nulidad deberá ser ejercitada según las reglas generales.

E) Disposiciones de la Ley de reforma del Código civil en orden a las formas particulares de adopción: Esta Ley ha derogado expresamente, en su artículo 5º la Ley de 17 de octubre de 1941 relativa, según ya sabemos, a la adopción de los acogidos en Casas de Expósitos y otros establecimientos de Beneficencia y recogiendo el precedente de ésta ha incorporado al Código civil un precepto que constituye el párrafo 2º del artículo 176 y dice: "Si el adoptado estuviere sometido a la tutela en una casa de expósitos ú otro establecimiento de Beneficencia, el expediente se tramitará exclusivamente por la administración de este, haciendo las comprobaciones necesarias, oyendo al adoptado si tuviere suficiente juicio y a sus más próximos parientes si fuesen conocidos. El expediente se elevará al juez, quien en el plazo de ocho días y previa audiencia del Ministerio fiscal, lo aprobará o señalará las causas que lo impidan".

En cuanto a las disposiciones relativas al prohijsamiento y al acogimiento o colocación familiar, la Ley de reforma del Código civil (que por cierto rehuye emplear tales términos), ha venido a sustituirlas por las referentes a la adopción plena, figura esta que viene, así, a satisfacer en la actualidad, según hemos visto, a las mismas necesidades que antes satisfacían los referidos institutos.

P A R T E Q U I N T A

E S P E C I A L C O N S I D E R A C I O N

D E L D E R E C H O F I L I P I N O

C A P I T U L O 1º

EVOLUCION DE LA LEGISLACION FILIPINA EN MATERIA DE ADOPCION

La legislación filipina en materia de adopción ha atravesado por diversas fases. Una primera fase viene dada por el Código civil español que junto con otras leyes también españolas fue adoptado en nuestra Patria. Una segunda fase viene dada por nuestro Código de procedimiento civil y aun por las "Rules of Court" que vinieron a completar e incluso a modificar, en muchos casos, la reglamentación anterior. Y finalmente la tercera fase viene dada por nuestro vigente Código civil de 1950, fruto del gran deseo de todos los filipinos de tener una legislación propia (86).

Así, ya dos años antes en 1948 nuestros jurisconsultos quisieron revisar, modificar y alterar algunos de los artículos del Código civil español de 1889, conducta motivada por

(86) Cabe decir que en la República de Filipinas se debe crear un Código propio. Por primera vez en cuatro siglos, los filipinos hacen sus leyes sin ninguna influencia o supervisión extranjera. Esta libertad para regular las relaciones entre los individuos constituye la esencia de la autodeterminación. Sin embargo esto no debe significar un racionalismo rabioso sino simplemente la libertad de hacer una cuidadosa selección de los preceptos más importantes de influencia romana y del Derecho común inglés así como también la posibilidad de transformar en leyes positivas las costumbres autoctonas y las tradiciones que merecen perpetuarse, así como sacar soluciones legales de los principios de moralidad y de justicia (Report of the Code Commission on the New Civil Code of the Philippines, pág. 4).

la "necesidad de una revisión inmediata de todas las leyes sustantivas existentes, así como de su codificación, con objeto de acomodarlas a las costumbres, tradiciones e idiosincrasia del pueblo filipino y por el deseo de ponerlas de acuerdo con las modernas tendencias legislativas y con los principios progresivos del Derecho" (87). Fruto de esta necesidad fue, como decimos, nuestro vigente Código civil, sancionado por la Legislatura de 30 de junio de 1950 y en el que se introdujeron diversos cambios, pese a su tendencia conservadora. Así, nuestro vigente Código civil está basado en el Código civil español de 1889, si bien se ha visto enriquecido por nuevos artículos escogidos con cuidado, de los Códigos, leyes y decisiones judiciales de otros países, así como también de los trabajos de los juristas de diversas nacionalidades. Sobre todo de España y los diversos Estados de la Unión Norteamericana (especialmente California y Luisiana) y también Francia, Italia, Alemania, Suiza, Inglaterra, Argentina y México. Además hay un cierto número de artículos que recogen las doctrinas sentadas por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Filipinas y otros en que lo que se recoge son las costumbres filipinas, así sobre todo en materia de relaciones familiares y sucesorias. De aquí que nuestro Código civil se presente, en muchos casos, como una feliz armonía entre las costumbres

(87) Carta de la "Code Commission" al Presidente de Filipinas de fecha 26 de enero de 1948.

nativas y la cultura occidental.

La incorporación de artículos procedentes de esta última ha sido justificada por la Code Commission, haciendo ver que:

1º) Los filipinos están en contacto con la cultura occidental durante las cuatro últimas centurias y precisamente por ello son justos beneficiarios del Derecho romano al cual se puede considerar como el tronco de casi todo el Derecho occidental. Durante muchas generaciones el sistema legal citado, plenamente desenvuelto en España, ha sido el eje regulador de las relaciones entre los filipinos. Es natural y conveniente, por tanto, que cuando en la joven República de Filipinas se crea un Código civil, la mayor inspiración e influencia deba ser la del Derecho romano, desarrollado y adoptado en España, Francia, Alemania, Argentina y las legislaciones civiles de otros países.

2º) La adopción de preceptos de influencia de angloamericana es conveniente y aconsejable: a) porque los elementos de la cultura americana han sido incorporados a la vida filipina durante cincuenta años de aprendizaje democrático bajo la influencia americana y porque con seguridad, en un futuro previsible, continuarán las relaciones económicas entre los dos países y b) porque América e Inglaterra han aportado puntos de vista aceptables ya que sus Tribunales Supremos han desenvuelto equitativamente determinados preceptos no recogidos

en el presente Código civil (88).

En todo caso aquí vamos a enfocar todas estas consideraciones desde el punto de vista de la reglamentación que en nuestro Código civil se contiene de la adopción, conocida también con el nombre de "Republic Act nº 386".

(88) Report of the Code Commission on the New Civil Code, págs. 3-4.

C A P I T U L O 2º

ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LA REGLAMENTACION DE LA
ADOPCION EN EL CODIGO CIVIL FILIPINO Y EL CODIGO
CIVIL ESPAÑOL DE 1889 (89)

A) En punto a las condiciones de la adopción: Ya sabemos como tales condiciones pueden concretarse en condiciones personales y formales.

1) Condiciones personales: Pueden concretarse, a su vez, en los siguientes puntos:

a) Personas que pueden adoptar: Hace referencia a ellas el artículo 334, al decir que: todas las personas mayores de edad que están en la plena posesión de sus derechos civiles pueden adoptar (90). Este artículo está tomado del artículo 173 del Código civil español pero se diferencia de él en que

-
- (89) Ante todo es de observar que el Código civil filipino sigue fiel a la sistemática del español guardando silencio sobre la adopción en el Título VIII del libro I "Paternity and filiation" y regulándola como uno de los modos de extinción de la patria potestad (art. 327, 3º) en el Capitulo V del Título XI. Con ello olvida la nueva disciplina que la adopción se desenvuelve con independencia de la patria potestad, toda vez que pueden ser adoptados los que no se hallen sujetos a la misma, bien por ser mayores de edad (art. 337) bien porque están sometidos a la "substitute parental authority" (arts. 349 y ss y 340, 2º in fine). En todo caso, este defecto de sistemática es más grave si se piensa que el legislador filipino ha considerado el vínculo adoptivo como un auténtico "status filiationis", como enseguida veremos.
- (90) Art. 334. Every person of age, who is in full possession of his civil rights, may adopt.

ha prescindido de la edad especial de 45 años que se exigía al adoptante por este precepto, consagrándose de modo explícito que el mayor de edad (21 años) puede adoptar (91). Por cierto que la edad de 21 años ha sido tomada de la "Rule 100, section 2, of the Rules of Court". En cuanto a la exigencia de la plena posesión de los derechos civiles para la adopción determina, como observa TOLENTINO (92) que no pueden realizar la adopción todas aquéllas personas que sufren alguna limitación en su capacidad de obrar.

b) Personas que no pueden adoptar: No pueden adoptar según el artículo 335:

- 1) Los que tengan hijos legítimos, legitimados, hijos naturales reconocidos o hijos naturales por ficción legal;
- 2) El tutor a su pupilo hasta que hayan sido aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela;
- 3) Uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro cónyuge;
- 4) Los extranjeros no residentes;
- 5) Los extranjeros residentes con cuyo gobierno Filipinas tenga rotas sus relaciones diplomáticas;

(91) Ello no obstante respetando el viejo aforismo "adoptio imitatur naturam" el artículo 337 exige una diferencia de a lo menos dieciseis años entre el adoptante y el adoptado.

(92) Commentaries and Jurisprudence on the Civil Code of the Philippines, Vol. I, 1953 Ed., page 636.

6) Los condenados por un delito contra la moral cuando la pena impuesta sea de seis meses o más (93).

Pues bien: comparando este artículo con el que fue su equivalente en la antigua redacción del Código civil español, el artículo 174, se observa que se conservan sin alteración las prohibiciones de adoptar impuestas al tutor con respecto a su pupilo hasta la aprobación de las cuentas y a los casados sin el consentimiento de su consorte; que se suprime la de los eclesiásticos, se altera la impuesta a quienes tienen descendencia y se agregan otras tres inspiradas en motivos políticos.

En cuanto a la alteración en orden a quienes tienen descendencia, resulta clara: así como en el artículo 174, 2º del Código civil español se prohibía la adopción tan solo a los que tuviesen descendientes legítimos o legitimados, en el artículo 335, 1º del filipino, se prohíbe también a los que tengan hijos naturales reconocidos o bien hijos naturales por ficción legal. Las razones para esta prohibición de adoptar,

(93) Art. 335. The following cannot adopt:

- 1) Those who have legitimate, legitimated, acknowledged natural children, or natural children by legal fiction;
- 2) The guardian, with respect to the ward, before the final approval of his accounts;
- 3) A married person, without the consent of the other spouse;
- 4) Non-resident aliens;
- 5) Resident aliens with whose government the Republic of the Philippines has broken diplomatic relations;
- 6) Any person who has been convicted of a crime involving moral turpitude, when the penalty imposed was six months' imprisonment or more.

impuesta a quienes tienen la referida descendencia, las explica, así, TOLENTINO (94): 1º) Porque, en este caso la adopción es innecesaria a los efectos de procurar consuelo y felicidad al adoptante, porque éste ya tiene hijos y 2º) Porque permitir la adopción, en este caso, daría lugar a conflictos entre el adoptado y los otros hijos del adoptante que vienen ya disfrutando de su cariño y cuidados. Pero nótese, sin embargo, que según el precepto que nos ocupa el hecho de tener una persona hijos ilegítimos que no sean naturales, no la descalifica para adoptar a otro.

En cuanto a la exigencia del consentimiento del cónyuge para la adopción hecha por personas casadas (art. 335, 3º) tiene como fin prevenir las discusiones entre los cónyuges. Pero ¿y cuando medie separación legal entre estos?. En el Código de California (Sección 223) se entiende que entonces tal consentimiento es innecesario. Y este mismo principio creemos debe aplicarse en nuestro Derecho común, ya que al tener lugar la separación legal, termina la vida común entre los cónyuges y ya no existe, pues, la razón para que ninguno de ellos solicite el consentimiento del otro para la adopción.

En cuanto a las prohibiciones señaladas por los números 4º y 5º del artículo 335 referentes a los "extranjeros no residentes" y a los "extranjeros residentes con cuyo gobier-

(94) Op. y loc. cit.

no haya roto sus relaciones diplomáticas la República de Filipinas", vienen impuestas por razones de carácter político. Concretamente la Code commission ha justificado estos números porque el niño adoptado en los supuestos por ellos contemplados, un filipino de sangre, al adquirir la nacionalidad del extranjero adoptante, podría ser considerado como un enemigo en caso de guerra (95).

En cuanto a la prohibición señalada por el número 6º es sumamente acertada, por estar basada en la consideración de que el adoptante debe tener las condiciones morales necesarias para educar al adoptado en un ambiente sano y adecuado. En este sentido este precepto es muy alabado por BLAS PINAR (96) quien pone de manifiesto que "la falta en Derecho español, de un precepto similar o de una norma en blanco que se remita total o parcialmente a las causas que inhabilitan para el ejercicio de los cargos tutelares, queda compensada por el recto ejercicio del arbitrio judicial, que todo considerado y "previas las diligencias que estime necesarias aprobará la adopción si está ajustada a la Ley y la cree conveniente al adoptado".

Ahora es de destacar que falta en nuestro vigente Código civil un precepto equivalente al párrafo último del artículo 174 del Código civil español, expresivo de que nadie

(95) Report of the Code Commission on the New Civil Code, pág. 91.

(96) La adopción en el nuevo Código civil filipino, en Anuario de Derecho civil, 1953, pág. 1178.

puede ser adoptado conjuntamente por más de una persona. Pero, en realidad, ello no plantea problemas, porque esto mismo se deduce "a sensu contrario" como observa BLAS PIÑAR (97) del artículo 336, que a semejanza del correlativo precepto del Código civil español, establece como única excepción a la prohibición de las adopciones conjuntas, el supuesto de que las mismas se hagan por los cónyuges. Y por eso dice el citado artículo 336 que: Los cónyuges pueden adoptar conjuntamente (98). Claro que, como observa TOLENTINO (99) no es necesario que los cónyuges adopten conjuntamente, sino que cada uno puede hacerlo por su parte, si bien en tal caso, como hemos visto, el apartado 4º del artículo anterior exige el consentimiento del otro cónyuge. Con esto, solo nos queda añadir que, en el caso de que los cónyuges adopten conjuntamente el artículo 336 nos dice que: En tal caso ejercerán la patria potestad como si el hijo fuera suyo por naturaleza (100).

c) Personas que no pueden ser adoptadas: Nuestro Código civil dedica a esta materia dos preceptos: los artículos 337 y 338.

(97) Op. y loc. cit.

(98) Art. 336. The husband and wife may jointly adopt. x x x

(99) Op. cit.

(100) Art. 336. x x x. Parental authority shall, in such case, be exercised as if the child were their own by nature.

El artículo 337 establece que: Toda persona aunque sea mayor de edad puede ser adoptada con tal que el adoptante tenga dieciseis años más que el adoptado (101). Este artículo está tomado del artículo 173 del Código civil español, si bien éste fijaba según sabemos la diferencia de edad en los dieciocho años. Este artículo fue rechazado por nuestro Código de procedimiento civil, pero acabó por imponerse en contra también de algunas reglas del "Rules of Court" que limitaron la adopción a los menores. En este sentido el célebre caso "In re Adoption of GUZMAN"(102) que excluyó la adopción de los adultos. Así el tribunal vino a establecer, en este caso, que el uso de la palabra "minor" por el Código de procedimiento civil excluye la adopción de los adultos en ausencia de un precepto específico en contrario. Sin embargo este razonamiento es criticable, pues, como observa TOLENTINO (103) el afecto puede hacer deseable la adopción de un adulto, como por ejemplo cuando habiendo crecido un niño bajo el cuidado de una familia y habiendo alcanzado después la mayoría de edad, el cabeza de familia quiere considerarle legalmente como un heredero (104).

(101) Art. 337. Any person, even if of age, may be adopted, provided the adopter is sixteen years older.

(102) In re Adoption of Emiliano Guzman, 73 Phil. 541.

(103) Op. cit.

(104) Report of the Code Commission on the New Civil Code, pag. 91.

El artículo 338 establece que: Pueden ser adoptados:

- 1) Los hijos naturales, por sus padres naturales;
- 2) Los hijos ilegítimos por sus padres;
- 3) El hijastro por su padrastro o madrastra. (105).

Este artículo es nuevo en nuestro Código civil y resuelve las dos grandes cuestiones que se suscitaron en Derecho español acerca de si era posible adoptar a los hijos naturales y en general a los hijos ilegítimos además de aclarar que es posible la adopción de un hijastro por su padrastro o madrastra. "La adopción en los dos primeros casos debe ser fomentada por la Ley y es deseable para reparar los errores y faltas cometidas por los padres. Y en el tercero es igualmente aconsejable ya que mejorará posiblemente las relaciones en ocasiones tirantes que pudieran existir entre el hijastro y su padrastro o madrastra" (106). En todo caso, la finalidad de este precepto es elevar a las personas en él señaladas a la condición de hijos legítimos, de acuerdo con la general tendencia que tiende a conceder al hijo adoptivo el status de hijo legítimo, fomentando así la adopción de los seres más desamparados (107). Y de aquí que la adopción sea para el

(105) Art. 338. The following may be adopted:

- 1) The natural child, by the natural father or mother;
- 2) Other illegitimate children, by the father or mother;
- 3) A step-child, by the step-father or step-mother.

(106) Report of the Code Commission on the New Civil Code, pag. 92.

(107) In re Havagord's Estate, 34, S.D. 131, 147 M.W.

hijo natural más beneficiosa que el reconocimiento (108). Por ello pueden ser adoptados los hijos naturales reconocidos. Es más: este es el verdadero sentido de este precepto porque ya se comprende que los hijos naturales no reconocidos pueden ser adoptados como cualquier otro sin más particularidad. Así la prohibición de adoptar impuesta por el artículo 335 a la persona que tiene un hijo natural reconocido se refiere precisamente a eso: a la adopción de un menor por una persona que ya tiene un hijo natural reconocido y nó a la adopción de sus propios hijos aunque los hubiera reconocido como hijos naturales (109). Por lo demás, tanto esta adopción, como la de los demás hijos ilegítimos fue reconocida por la Jurisprudencia filipina aún antes del presente Código (110). Finalmente en cuanto a la adopción del hijastro por su padrastro tiene declarado nuestro Tribunal Supremo que tal adopción no puede ser realizada si el padrastro tuviese hijos propios del nuevo matrimonio, lo que por lo demás es lógico pues este último supuesto cae dentro de la prohibición establecida por el número 1º del artículo 335 (111).

(108) Santos Yñigo, et. al., vs. Republic, 50 O.G., 3030.

(109) Prasnik vs. Republic, No. L. 8639, March, 1956;
52 O.G., 1942.

(110) In re Estate of Joaquin, 46 O.G., 1st. Supp., pag.
155.

(111) Mc Gee vs. Republic, G.R.L. 5387, April 29, 1954.

d) Personas que no pueden ser adoptadas: Las señala el artículo 339 al decir que: No pueden ser adoptados:

- 1) El cónyuge, sin el consentimiento del otro cónyuge;
- 2) El extranjero de un país con cuyo gobierno la República de Filipinas haya roto sus relaciones diplomáticas;
- 3) Aquéllos que ya estuviesen adoptados. (112).

También este precepto es nuevo en nuestro Código civil, pero no plantea grandes dificultades. En realidad, el mismo no es por lo que a sus números, 1º y 2º respecta sino un corolario de los números 3º y 5º del artículo 335. Y en cuanto a su número 3º es perfectamente lógico, como puede comprenderse, que una persona ya adoptada no pueda ser adoptada por segunda vez, ya que la adopción crea en nuestro Derecho entre adoptante y adoptado una relación similar a la de la filiación legítima, con iguales derechos y deberes que esta. Pero de esto ya nos ocuparemos más adelante.

2) Condiciones formales: Se concretan en los artículos 340, 345 y 346.

El artículo 340 establece que: Será necesario, para la adopción, el consentimiento por escrito de las siguientes personas:

-
- (112) Art. 339. The following cannot be adopted:
- 1) A married person, without the written consent of the other spouse;
 - 2) An alien with whose government the Republic of the Philippines has broken diplomatic relations;
 - 3) A person who has already been adopted.

- 1) La persona adoptada, si tuviere catorce años o más;
- 2) Los padres, el tutor o persona encargada del adoptado. (113).

Este precepto está tomado del "Rule 100, section 3, of the Rules of Court" y no plantea especiales problemas de interpretación.

El artículo 345 establece que: El procedimiento establecido en el "Rules of Court" serán aplicados para los casos de adopción si no fueran contradictorias a los preceptos del Código civil. (114). Concretamente el "Rule 100" dice expresamente que una persona que desee adoptar a otra deberá presentar la solicitud en el Tribunal de primera instancia de la provincia donde resida (sección 1ª), lo cual significa que la única adopción válida es la realizada a través de los Tribunales y en conformidad al indicado "Rules of Court" (115), lo que demuestra, en todo caso, de modo indiscutible que el mero contrato de adopción no podrá producir los efectos de esta.

(113) Art. 340. The written consent of the following to the adoption shall be necessary:

- 1) The person to be adopted, if fourteen years of age or over;
- 2) The parents, guardian or person in charge of the person to be adopted.

(114) Art. 345. The proceedings for adoption shall be governed by the Rules of Court insofar as they are not in conflict with this Code.

(115) Santos Yñigo, et. al. vs. Republic, 50 O.G., 3030.

El artículo 346, finalmente establece que: La adopción será inscrita en el Registro civil local (116). Con ello se procura la debida publicidad a la adopción realizada.

B) En punto a los efectos de la adopción: Cuatro preceptos dedica nuestro Código civil a esta fundamental materia: los artículos 341, 342, 343 y 344.

El artículo 341 establece que: La adopción produce los siguientes efectos:

- 1) Concede al hijo adoptivo los mismos derechos y obligaciones que a los hijos legítimos;
- 2) Extingue la patria potestad de los padres naturales;
- 3) Concede al adoptado la calidad de heredero forzoso del adoptante;
- 4) Concede al adoptado la facultad de usar el apellido del adoptante (117).

El artículo 342 establece que: El adoptante no será heredero forzoso del adoptado, cuyos padres por naturaleza heredarán de él (118).

(116) Art. 346. The adoption shall be recorded in the local civil register.

(117) Art. 341. The adoption shall:

- 1) Give to the adopted person the same rights and duties as if he were a legitimate child of the adopter;
- 2) Dissolve the authority vested in the parents by nature;
- 3) Make the adopted person a legal heir of the adopter;
- 4) Entitle the person to use the adopter's surname.

(118) Art. 342. The adopter shall not be a legal heir of the adopted person, whose parents by nature shall inherit from him.

El artículo 343 establece que: Si al adoptante le sobreviven padres o ascendientes legítimos y un hijo adoptivo, éste último no tendrá más derechos sucesorios que la de un hijo natural reconocido (119).

El artículo 344 establece que: El adoptante podrá hacer donaciones "inter vivos" o "mortis causa" al adoptado que adquirirá la propiedad de las mismas (120).

Veamos ahora como juegan estos artículos debidamente sistematizados desde el punto de vista que nos ocupa. Ante todo, es de destacar que nuestro vigente Código civil hace de la adopción un auténtico "status filiationis", creando, pues, un vínculo entre adoptante y adoptado que solo a éstos les afecta, sin trascender a la familia del primero, que permanece ajena a tal vínculo y no queda afectada, por consiguiente, por el mismo. Como ha observado acertadamente BLAS PINAR (121), no desvirtúa esta tesis el hecho de que subsista en nuestro Código civil el "impedimentum adoptionis" (artículo 82, no^s 2º y 3º) en términos idénticos a los consagrados por el Código civil español (artículo 84, no^s 5º y 6º), toda vez que este impe-

(119) Art. 343. If the adopter is survived by legitimate parents or ascendants and by an adopted person, the latter shall not have more successional rights than an acknowledged natural child.

(120) Art. 344. The adopter may donate property, by an act inter vivos or by will, to the adopted person, who shall acquire ownership thereof.

(121) Op. cit., pág. 1179.

dimento no se apoya en un vínculo familiar, sino en razones de tipo moral y social.

Ahora bien: supuesto que la adopción dé lugar a un "status filiationis", de que "status filiationis" se trata? Parece que de un "status filiationis" semejante a la sucesión legítima ya que el artículo 341, en su número 1º, concede al adoptado los mismos derechos y deberes que si se tratase de un hijo legítimo del adoptante. Claro que según iremos viendo esta equiparación no es, en definitiva, tan absoluta como a primera vista parece. Pero aquí lo que interesa quede claro es que, como consecuencia de ella y según señala el número 2º del propio artículo 341, la adopción disuelve la patria potestad de los padres por naturaleza, extinguiendo todas las consecuencias legales de tal potestad, potestad que, por lo demás, no revive por la muerte del adoptante (122). La razón de ello es sencilla: la patria potestad que correspondía a los padres por naturaleza sobre el adoptado ha sido transferida al adoptante por virtud de la adopción. Así el artículo 311 de nuestro Código civil dice que: Los hijos adoptivos menores de edad están bajo la patria potestad del padre o la madre que les adoptó (123). Y por eso es por lo que, según ya vimos, cuando el

(122) In re Jobson Estate, 164, Cal. 312, 128, pág. 938.

(123) Art. 311. ...adopted children ... or are under the age of majority are under the parental authority of the father or mother adopting them...

padre y la madre adoptan conjuntamente a un menor de edad, el artículo 336 declara en su párrafo 2º, que: En tal caso ejercerán la patria potestad como si el hijo fuera suyo por naturaleza (124).

Vamos a comprobar ahora como el criterio de equiparación de la filiación adoptiva a la filiación legítima es tan solo aceptado, en principio, por nuestro legislador. Y es que si éste aceptase de modo absoluto tal equiparación, habría bastado con que, al ocuparse de esta materia, se hubiese remitido al artículo 264 que determina los derechos de los hijos legítimos. Pero no lo ha hecho así, sino que, por el contrario y prescindiendo de la obligación recíproca de alimentos entre adoptante y adoptado, nuestro Código ha regulado expresamente, al tratar de la adopción, el derecho al nombre y los derechos sucesorios del adoptado.

1. El Derecho al nombre se halla consagrado por el número 4º del artículo 341, que según sabemos, dice que: La adopción concede al adoptado la facultad de usar el apellido del adoptante (125). Pero el uso del apellido del adoptante por el adoptado no es solo un derecho de éste, como a primera vis-

(124) Art. 336, 2nd. Parental authority shall, in such case, be exercised as if the child were their own by nature.

(125) Art. 341, number 4. The adoption shall entitle the adopted person to use the adopter's surname.

ta pudiera desprenderse de este precepto sino también un deber. Así se deduce de dos preceptos fundamentales de nuestro Código civil, aunque los dos colocados fuera del capítulo referente a la adopción: el artículo 264 y el artículo 365. El artículo 264 dice que: Los hijos legítimos tendrán derecho: 1º) A usar los apellidos de su padre y de su madre. (126), empleando, pues, el mismo lenguaje que el artículo 341, 4º, respecto al adoptado y sin embargo es evidente que el uso de los apellidos paterno y materno, por parte de los hijos legítimos, es no solo un derecho, sino también un deber. Luego, lo mismo sucederá tratándose de los hijos adoptivos. Pero en todo caso el artículo 365 es decisivo a este respecto al establecer que: El hijo adoptivo usará el apellido de su adoptante (127).

2. Los derechos sucesorios: El número 3 del artículo 341 concede al adoptado la calidad de heredero legal del adoptante. Pero esta declaración suscita el siguiente problema: ¿que se entiende aquí por heredero legal? ¿el heredero intestado simplemente o también el heredero legitimario (el llamado heredero forzoso)? Dos posiciones cabrá mantener en este punto.

a) Que el adoptado es simplemente heredero intestado del adoptante pero no heredero forzoso del mismo. En favor de es-

(126) Art. 264, párrafo 1º: Legitimate children shall have the right: 1º) To bear the surnames of the father and of the mother.

(127) Art. 365: An adopted child shall bear the surname of the adopter.

ta interpretación podría aducirse el hecho de que al adoptado no se le menciona en la relación de herederos forzosos que contiene el artículo 887, ni se hace, en general, alusión alguna a él en los preceptos que nuestro nuevo Código civil dedica a la regulación de la legítima, todo ello por contraposición a lo que sucede con la disciplina legal de la sucesión intestada, en la que el párrafo 2º del artículo 979 establece que: El hijo adoptivo heredará a sus padres adoptantes de la misma manera que un hijo legítimo (128)

b) Que el adoptado no es simplemente heredero intestado del adoptante, sino también heredero forzoso del mismo: Esta tesis es la mantenida por la generalidad de la doctrina filipina. Así, entre otros, por TOLENTINO (129) y ABUNDIO MACARANAS (130). Esta tesis se basa en el sentido amplio de la expresión "legal heir" que viene a comprender las dos sucesiones: la intestada y la forzosa y también como enseguida veremos, el argumento derivado del artículo 343. Y no cabe duda que es la tesis que debe imponerse dado además que sostener otra cosa equivaldría a desconocer el principio de equiparación entre el hijo adoptivo y el hijo legítimo que se contiene en el número 1 del artículo 341.

(128) Art. 979, párrafo 2º: An adopted child succeeds to the property of the adopting parents in the same manner as a legitimate child.

(129) Op. cit.

(130) Law Review (legal paper of U.S.T., Faculty of Civil Law) vol. VII, nº 3, 1956.

Ahora bien, ello supuesto ¿cuales serán los derechos hereditarios concretos del adoptado como heredero forzoso? Ante todo y dado el referido principio de equiparación, parece, en principio, que tales derechos serán los correspondientes a un hijo legítimo, o sea y según el artículo 888: La mitad del haber hereditario del padre y de la madre (131). Pero si ello es claro no dejando el padre, descendientes, ni ascendientes legítimos, ¿que sucederá en el caso de que los tuviere? El problema surge fundamentalmente como consecuencia del artículo 343, al determinar éste que si el adoptante es sobrevivido por padres o ascendientes legítimos, el hijo adoptivo no tendrá mas derechos sucesorios que un hijo natural reconocido o sea y según el artículo 896: la cuarta parte del haber hereditario que se sacará de la porción de libre disposición (132), porción de libre disposición que aquí será la mitad de la herencia, pues la otra mitad constituye, con arreglo al artículo 889, párrafo 1º, la legítima de los padres o ascendientes legítimos. Ahora bien: ¿que sucederá en el supuesto de concurrir el hijo adoptivo con descendientes legítimos dado que nuestro vi-

(131) Art. 888: The legitime of legitimate children and descendants consists of one-half of the hereditary estate of the father and of the mother.

(132) Art. 896: Illegitimate children who may survive with legitimate parents or ascendants of the deceased shall be entitled to one-fourth of the hereditary estate to be taken from the portion at the free disposal of the testator.

gente Código civil no ha previsto este supuesto? (133). A nuestro juicio, la cosa es clara: como la línea recta descendente no puede ser de peor condición que la ascendente (134), opinamos que el hijo adoptivo no podrá tener en este supuesto mas derechos que los que fija el artículo 343 para el supuesto de concurrir con padres o ascendientes legítimos o sea: los correspondientes al hijo natural reconocido. ¿Que sucederá finalmente en caso de concurrir el hijo adoptivo con hijos naturales del adoptante? Podría pensarse que sólo tendría los derechos hereditarios correspondientes a estos, dado que un vínculo de parentesco natural no debe ser inferior a un vínculo de parentesco legal. Pero la realidad es que ello es inadmisibile, pues entonces no tendría ningún sentido el principio de equiparación del hijo adoptivo al legítimo que se establece en el artículo 341, párrafo 1º. Por consiguiente, los derechos hereditarios del hijo adoptivo serán en tal caso los correspondientes a un Hijo legítimo.

-
- (133) Supuesto que, por lo demás es plenamente posible pues, aun cuando las personas que tienen descendientes legítimos no pueden adoptar (argumento basado del artículo 335, 1º), la adopción ya realizada no se extingue por la circunstancia de sobrevenir dicha descendencia. Así se deduce de los artículos 347 y 348 y precisamente previendo ese supuesto el artículo 82, 3º prohíbe el matrimonio "between the legitimate children of the adopter and the adopted".
- (134) Concretamente es la preferida por los artículos 887 1º, y 978.

En todo caso resulta claro que ni el hijo adoptivo puede heredar nada de otros parientes del adoptante (135), ni los descendientes del hijo adoptivo heredar en representación de su padre, por ser, en nuestro Derecho, la adopción, según ya hemos dicho, un vínculo o relación exclusiva entre adoptante y adoptado.

Finalmente nos queda por hacer referencia a los artículos 342 y 344. Pero el artículo 344 es, en realidad, un artículo supérfluo en cuanto permite al adoptante favorecer al adoptado por donación o testamento. En cuanto al artículo 342, al establecer que el adoptante no será heredero legal del adoptado, pues serán los padres por naturaleza los que hereden de éste, demuestra que el adoptado no puede considerarse, como algún jurisconsulto ha pretendido, extraño a la sucesión de sus padres por naturaleza. Así, debe considerarse en vigor el "Rule" 100, sección 5ª del "Rules of Court" que establecía que el hijo adoptivo sigue siendo heredero legal de sus padres naturales. Sostener lo contrario, porque nuestro Código civil no lo establece expresamente, sería inadmisibile por atentar contra el carácter recíproco de sucesión entre padres e hijos por naturaleza (que se refleja, precisamente, en dicho artículo

(135) "By adoption, the adopter^s can make for themselves an heir, but they cannot thus make one for their kindred" (Warren vs. Prescott, 84, Mc. 483, 24 ate. 948).

342), y con ello contra el más elemental principio de justicia.

C) En punto a la extinción de la adopción: Nuestro Código civil dedica dos preceptos a esta materia: los artículos 347 y 348.

El artículo 347 establece que: El menor u otra persona incapacitada puede pedir por medio de un tutor "ad litem" la rescisión de la adopción por las mismas causas que dan lugar a la pérdida de la patria potestad (136).

El artículo 348 establece que: El adoptante puede solicitar la revocación de la adopción en cualquiera de los supuestos siguientes: 1) Si el adoptado hubiere atentado contra la vida del adoptante; 2) Si el adoptado menor de edad hubiere abandonado la casa del adoptante por más de tres años; 3) Si por otros actos, el adoptado hubiere repudiado definitivamente la adopción (137).

Pues bien: estimamos acertadas las causas de revocación por el adoptante establecidas por el artículo 348. Por cierto que en cuanto a la causa final de revocación: que el adoptado

(136) Art. 347: A minor or other incapacitated person may, through a guardian ad litem, ask for the rescission of the adoption on the same grounds that cause the loss of parental authority.

(137) Art. 348: The adopter may petition the court for revocation of the adoption in any of these cases:

(1) If the adopted person has attempted against the life of the adopter;

(2) When the adopted minor has abandoned the home of the adopter for more than three years;

(3) When by other acts the adopted person has definitely repudiated the adoption.

hubiere repudiado definitivamente la adopción, viene a ser la contrapartida del artículo 347 cuando concede a los menores e incapacitados la posibilidad de pedir por medio del tutor "ad litem", la rescisión de la adopción por las mismas causas que dan lugar a la pérdida de la patria potestad. Comentando brevemente este artículo, es de destacar que del mismo se desprende que los adoptados mayores de edad no pueden pedir la rescisión del vínculo adoptivo, y que conjugando este artículo con los preceptos contenidos en el Capítulo IV del título XI o sea: con el capítulo que trata del "extinguishment of parental authority" parece claro que, siendo menor el adoptado, tienen pleno vigor las disposiciones sobre suspensión, pérdida y privación, total o parcial de la patria potestad contenidas en los artículos 330, 331 y 332 (138).

(138) Art. 330: The father and in a proper case the mother, shall lose authority over their children:

(1) When by final judgment in a criminal case the penalty of deprivation of said authority is imposed upon him or her;

(2) When by a final judgment in legal separation proceedings such loss of authority is declared.

Art. 331: Parental authority is suspended by the incapacity or absence of the father, or in a proper case of the mother, judicially declared, and also by civil interdiction.

Art. 332: The courts may deprive the parents of their authority or suspend the exercise of the same if they should treat their children with excessive harshness or should give them corrupting orders, counsels, or examples, or should make them beg or abandon them. In these cases, the courts may also deprive the parents, in whole or in part, of the usufruct over the child's property, or adopt such measures as they may deem advisable in the interest of the child.

C A P I T U L O 3º

BREVE COTEJO CRITICO ENTRE LA REGLAMENTACION DE LA ADOPCION EN LA LEY DE REFORMA DEL CODIGO CIVIL ES- PAÑOL Y EN EL CODIGO CIVIL FILIPINO

A) En punto a las directrices generales de la adopción:

Hemos visto como en el Código civil filipino se contiene una reglamentación unitaria de la adopción, sin distinguir entre las dos figuras de la adopción plena y menos plena como se hace en la Ley de reforma española. Ello, a nuestro juicio, es altamente elogiable, pues estimamos que tal distinción a nada práctico conduce y por el contrario da lugar a situaciones de evidente desigualdad entre los miembros incorporados a la familia mediante el instituto de la adopción. Así, el adoptante que, por ejemplo, tiene adoptado a un expósito, mediante la adopción plena, si adopta posteriormente mediante la adopción menos plena, ha traído al seno de la familia dos hijos entre los cuales las diferencias de "status" pueden dar lugar a futuras discordias. Por ello estimamos preferible la fórmula unitaria patria que trata de equiparar, en todo caso, al hijo adoptivo y al hijo legítimo, tanto en punto a derechos, como en punto a obligaciones. Si acaso seríamos partidarios de que se incorporase a nuestro Derecho la legitimación adoptiva, con el mismo rigor, con que ha sido incorporada al Derecho uruguayo y por lo que afectase a los expósitos o

niños abandonados o sea: a los seres más desgraciados y necesitados de protección.

B) En punto a las condiciones de la adopción: Trataremos primero de las condiciones personales y después de las condiciones formales de la adopción.

1. Condiciones personales: Vamos a distinguir, a su vez, los puntos siguientes:

a) Personas que pueden adoptar: En este punto estimamos que es más aconsejable y flexible la fórmula legal de nuestro Código civil. En efecto: la edad mínima de treinta y cinco años que se impone para poder adoptar en la redacción actual del vigente Código civil español no tiene a nuestro juicio, gran sentido. Constituye una auténtica capacidad especial, excepción a la regla general de plena capacidad del mayor de edad para todos los actos de la vida civil, que debe lógicamente desaparecer. Tanto más, cuando la tendencia actual es favorecer la adopción. Debe bastar pues, para ésta, como en nuestro Código civil, con la mayoría de edad y el pleno goce de los derechos civiles. Por la misma razón entendemos que basta con la diferencia de edad de dieciseis años que, entre adoptante y adoptado, se establece en nuestro Código civil, sin exigir la superior de dieciocho que establece la Ley de reforma española.

b) Personas que no pueden adoptar: En este punto, entendemos que la enumeración hecha por nuestro Código civil es

preferible a la de la Ley de reforma española, en cuanto es más completa, por comprender tanto las prohibiciones de adoptar por razones políticas, como sobre todo las establecidas por razones morales, si bien éste extremo se salva, como vimos con facilidad, en Derecho español.

c) Personas que pueden ser adoptadas: En este punto entendemos que también es más detallista nuestro Código civil que la Ley de reforma española, pues tras establecer con carácter general según vimos, que toda persona aunque sea mayor de edad puede ser adoptada, concreta, a renglón seguido que pueden ser adoptados según también vimos, los hijos naturales por sus padres naturales, los hijos ilegítimos por sus padres y el hijastro por su padrastro o madrastra. Con ello, se salvan por la vía legal, las dificultades que se suscitan, en este punto, en el Derecho español y que han obligado a la doctrina española a suplir la deficiencia de la formulación legal.

d) Personas que no pueden ser adoptadas: También en este punto es más completo nuestro Código civil que la Ley de reforma española que no alude a él, si bien hemos de convenir que, en realidad, no hacía falta tratarlo expresamente por deducirse tal extremo, con facilidad, del resto de la reglamentación legal.

2. Condiciones formales: En este punto, entendemos que no se plantea cuestión. Ambas legislaciones regulan, en efecto,

que el traspaso categórico de la patria potestad al adoptante puede llevar a una conclusión absurda en el caso de ser la esposa la que adoptase al hijo de sangre de su marido, pues, en este caso, se nos dice, perdería la patria potestad el padre natural, siendo investida la misma en la persona de su mujer. Sin embargo entendemos que esta objeción es excesiva. No hace falta para refutarla acudir al dicho de que "no hay adopción, hay adopciones" (140), sino al sentido común que nos lleva a entender que en tal caso, la esposa adquiere, la patria potestad sin que la pierda el marido, dándose, pues, simplemente, aquí, el típico supuesto de patria potestad conjunta de marido y mujer. Es lo que con fórmula más previsoramente establece el artículo 1757 del Código civil alemán, al decir que si un cónyuge adopta al hijo del otro, el adoptado adquiere la posición jurídica de hijo legítimo de ambos cónyuges.

2. En cuanto a los derechos sucesorios del hijo adoptivo: no nos acaba de convencer la reglamentación de ninguna de las dos legislaciones: ni la española, ni la filipina.

No nos convence la reglamentación de la legislación española, aún superados, mediante la fórmula de la sucesión contractual, los problemas que se suscitaban en la anterior

(140) Así lo hace, por ejemplo, BELTRAN FUSTERO (Op. cit., pág. 399) imitando la frase de JOSSELAND: "es preciso hablar hoy ya de la propiedad, sino de las propiedades"....

redacción del Código civil, en cuanto a los derechos del adoptado en la herencia del adoptante, cuando tales derechos se establecían en la escritura de adopción. Y no nos convence porque, como consecuencia de la distinción entre la adopción plena y la menos plena, se le niega al adoptado "menos plenamente" la consideración de heredero legal del adoptante y aún al adoptado plenamente sólo se le conceden los derechos propios del hijo natural reconocido y no los del hijo legítimo, con el que, en definitiva, se le tiende a equiparar.

Tampoco nos convence la reglamentación de la legislación filipina porque, tras equiparar prácticamente, al hijo adoptivo y al legítimo, concediéndole pues a aquél la condición de heredero legal, a renglón seguido se le viene a dar, según vimos, el trato de hijo natural reconocido cuando concurre con ascendientes y descendientes legítimos. Por otra parte para caso de que en la escritura de adopción se estableciesen derechos hereditarios a favor del adoptado, creemos, sería conveniente acoger de modo expreso la fórmula española de la sucesión contractual.

En definitiva, nuestras conclusiones, a este respecto son las siguientes: en cuanto a la sucesión voluntaria, reconocer, al lado de la testamentaria, la contractual en los términos dichos. Y en cuanto a la sucesión legal equiparar plenamente el hijo adoptivo al hijo legítimo, tanto en cuanto al puesto a ocupar en la sucesión intestada, como en cuanto a las cuotas

legitimarias que le sean reconocidas.

D) En punto a la extinción de la adopción entendemos que tanto una como otra legislación no ofrecen particular motivo de crítica.

C O N C L U S I O N E S

C O N C L U S I O N E S

1ª) Que la adopción es una institución antiquísima. En los primeros tiempos de desenvolvimiento de la Humanidad vino a satisfacer las necesidades de la peculiar organización entonces imperante, permitiendo que el adoptante pudiera hacer perdurar su nombre y patrimonio y el culto de sus antepasados.

2ª) Que la figura de la adopción ha ido evolucionando con el tiempo tanto en cuanto a su significado, como en cuanto a su importancia.

3ª) Que en cuanto a la importancia de la adopción, tras revestirla extraordinaria, según lo dicho, en los pueblos primitivos y en el Derecho romano, con posterioridad disminuyó en gran medida, atravesando la adopción durante un larguísimo período de tiempo una vida lánguida, que culminó en plena época de la Codificación con su eliminación de algunas legislaciones y su reglamentación sumamente restrictiva en otras.

4ª) Que hoy, en día, sin embargo, no sólo no puede decirse que la adopción se halle en plena decadencia como quiere BELTRAN FUSTERO, sino que, por el contrario, se encuentra en pleno auge, hasta el punto de que como muy bien ha dicho PUIG PEÑA, asistimos hoy a la tercera vida de la institución. Basta para comprobarlo dirigir una mirada al panorama que nos ofrece el Derecho comparado de que tan extensamente nos hemos ocupado y que justifica que ROUSSELET hable de un "desarrollo inusitado de la adopción en estos últimos tiempos".

5ª) Que tal desarrollo se encuentra plenamente justificado, pues a favor de la adopción militan, como muy bien observa BLAS PIÑAR, una serie de factores: así, el factor político, que tanto influyó en el Derecho histórico; el factor sentimental, que fue el que determinó que en último extremo se acogiese la adopción en los momentos de la Codificación y el factor benéfico que es el que de modo particular impera en las más recientes legislaciones.

6ª) Que en cuanto al significado de la adopción de concebirse ésta en sus primeros tiempos en beneficio exclusivo del adoptante, ha pasado a concebirse hoy en día, de acuerdo con el factor benéfico exclusivo del adoptado.

7ª) Que de acuerdo también con el indicado factor benéfico, han ido surgiendo al lado de la adopción otras figuras similares que, como la legitimación adoptiva, tienden a conseguir la total equiparación del hijo adoptivo al hijo legítimo, no ya sólo desde el punto de vista de los derechos reconocidos a uno y a otro y de los deberes que sobre ellos pesan, sino incluso desde el punto de vista de su propia conceptualización, llegándose, incluso a permitir, como ya vimos se hacía en Uruguay, la falsificación de las actas del Registro civil con el fin de inscribir como hijo legítimo al legitimado adoptivamente.

8ª) Que la reglamentación de la adopción en el Código civil español de 1889 adolecía de grandes inconvenientes, no

sólo por su parquedad, sino por estar más bien concebida en provecho del adoptante que del adoptado, a quien se reconocían muy escasos derechos en contra de las orientaciones actuales.

9ª) Que la reforma de la reglamentación del Código civil de 1889 por la Ley de 24 de abril de 1958 ha estado plenamente justificada, a la vista de los defectos indicados, pero que quizás no haya sido del todo acertada. Así resulta, según ya vimos, un tanto impropia la distinción entre la adopción plena y la menos plena, concediendo esta última muy precarios derechos al adoptado y no llegando aquélla a equipararle como sería de desear de acuerdo con las orientaciones hoy imperantes al hijo legítimo.

10ª) Que en Derecho filipino, la adopción ha constituido siempre una institución que ha preocupado grandemente a nuestro legislador. Así, tras la reglamentación del Código civil español de 1889, imperante en un principio en nuestra Patria, tal reglamentación fue modificada por la Ley de procedimiento civil y hoy en día por nuestro vigente Código civil.

11ª) Que esta última reglamentación es, a nuestro juicio, bastante aceptable, si bien adolece todavía de algunos reparos. Entre los puntos dignos de alabanza de nuestra reglamentación legal se encuentra la parquedad de la misma, que no es obstáculo a que se determinen debidamente los puntos capitales de la institución; así: las personas que pueden adoptar y ser

adoptadas y las que no pueden serlo; las exigencias formales, que ha de llenar la adopción, los efectos que ha de producir y sus causas de revocación.

12^a) Que de todos los puntos de la reglamentación legal quizás los más dignos de alabanza sean el de contemplar a la adopción como una institución unitaria y con uniformidad de efectos y su tendencia a robustecer estos efectos mediante la equiparación del hijo adoptivo al hijo legítimo.

13^a) Que, en cambio, los puntos más dignos de censura son la rigidez con que contempla el vínculo adoptivo, como una relación exclusiva entre adoptante y adoptado que lleva a negar a los descendientes de éste, los beneficios sucesorios derivados de la adopción, como asimismo la brecha que, en punto precisamente a los derechos sucesorios, se abre en la equiparación del hijo adoptivo al hijo legítimo, determinando que cuando aquél concurre con ascendientes (y por supuesto con descendientes) legítimos no tenga más derechos que los de un hijo natural reconocido.

14^a) Que, en todo caso, se podría completar la reglamentación de la adopción de nuestro vigente Código civil, mediante la admisión para los niños abandonados o expósitos de esa figura, hoy tan en auge, de la legitimación adoptiva, pero concebida en su sentido más riguroso, al estilo que ya hemos visto lo hace la legislación uruguaya, como una institución que

equipara no ya en sus efectos, sino en su propia concepción los hijos adoptivos a los hijos legítimos. Porque cierto que esta extrema medida, con la consiguiente inscripción de los hijos adoptivos en concepto de hijos legítimos del adoptante, viene a forzar la realidad de las cosas, pero cierto también que gracias a ella se puede conseguir una de las aspiraciones más nobles de nuestros días: el de que los niños abandonados o expósitos puedan crecer en un hogar legítimo, sin conocer el sufrimiento que forzosamente tendría que suponerles la carencia o desconocimiento de sus padres naturales o el llegar a enterarse de que los adoptivos no lo son tales.

B I B L I O G R A F I A

- ANCEL, Marc: L'adoption dans les législations modernes. Travaux et recherches de l'Institut de Droit comparé. Paris, 1943.
- ANCEL, Marc: L'adoption dans les législations modernes. Essai de synthèse comparative suivi du relevé systématique des législations actuelles relatives à l'adoption, 2^e ed. revue et complétée. Paris 1958.
- ARANGIO RUIZ, Instituzioni di Diritto romano. Nápoles 1952 (págs. 465 y ss).
- ARIAS RAMOS, José: Derecho romano. Ed. R.D.P.. Madrid 1940.
- BELTRAN FUSTERO, Luis: Repercusiones de la adopción sobre la patria potestad del padre natural. ¿Pierde éste la potestad cuando un hijo suyo es adoptado por la esposa? R.D.: 1952 (Págs. 393 y ss).
- BOINDO BIONDI: Instituzioni de Diritto romano. Milán 1952 (págs. 530 y ss).
- BONET, Ramón: Derecho civil común y foral. Derecho de familia y sucesiones. Madrid 1940. T. II. (págs. 373-78).
- BURGOS BOSCH, Juan José: Un interesante detalle de la ley sobre adopción de acogidos en Casas de beneficencia. R.D.P. 1943. (págs. 21-23).
- CAGUIDA, Eduardo: Cases and comments on the Civil Code of the Philippines. Vol. I. 1957.
- CAMARA, Manuel de la: Los derechos hereditarios del hijo adoptivo en el Código civil. R.D.P. 1951, (págs. 89 y ss).
- CASTAN TOBENAS, José: Derecho civil español común y foral. T.V. Derecho de familia. Madrid 1954.
- CASTAN TOBENAS, José: La sucesión abintestado del hijo adoptivo. R.G.L.J. 1916 (págs. 39 y ss).
- CASALS COLLDECARRERA, M: Adopción, en Nueva enciclopedia jurídica. Ed. Seix 1950 (págs. 397 y ss).
- CICU, Antonio: Derecho de familia. Buenos Aires 1947.

- CICU, Antonio: La filiazione. Milán 1927.
- COUTURE y BARBAGELATA: Legislación vigente en el Uruguay. Montevideo, 1951.
- DEKKERS, Rene: El Derecho privado de los pueblos. Ed. R.D.P. Madrid 1957.
- D'ORS, Alvaro: Epigraffía jurídica de la España romana, Madrid, 1953.
- DUNCAN, S y DERRET, M: Estudio preliminar sobre la adopción. Cuadernos de Derecho angloamericano, enero-junio 1956 (págs. 5 y ss).
- FALCON, Modesto: La adopción según el Código. R.T. 1891 (págs. 145 y ss).
- FERNANDEZ CLERIGO: El Derecho de familia en la legislación comparada. Méjico 1947.
- FUSTEL DE COULANGES: La ciudad antigua. Barcelona 1952.
- GAMBON ALIX, Berman: La adopción. Barcelona 1960.
- GARCIA GALLO: Manual de Historia del Derecho español. Madrid 1934.
- GARCIA GOYENA, Florencio: Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español. Madrid 1852, T.I.
- GUTIERREZ: Códigos e estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. 3ª ed. Madrid 1887.
- GIRARD: Manuel elementaire de Droit romain. París 1918 (págs. 73 y ss).
- JORS - KUMKEL: Derecho privado romano. Ed. Labor 1937 (págs. 426 y ss).
- JOSHING, J.P.: Adoption of children 4ª ed. Londres 1956.
- LA SERNA y MONTALBAN: Elementos de Derecho civil y penal de España. Madrid 1886, T.I..
- LOPEZ ALARCON, Mariano: En torno a la sucesión hereditaria del hijo adoptivo. R.G.D. 1959 (págs. 580 yss).
- MARTINEZ SEGOVIA: Ley de adopción de menores. Revista internacional del Notariado 1949, (págs. 356 y ss).

- MANRESA: Comentarios al Código civil; T.II (7^a ed. pág. 116).
- MAZEAUD, Sean: El Derecho privado en Francia durante los años 1936 a 1945. R.D.P. 1946 (págs. 684 y ss).
- MINGUIJON, Salvador: Historia del Derecho español. Madrid 1943.
- NEVILLE BROWN, W: La ley de adopción de 1950. Cuadernos de Derecho angloamericano 1954, n° 2 (págs. 97 y ss).
- ORTUÑO, José: La adopción. R.T., T. 42, n° 36 (págs. 561-562).
- OTERO VARELA, Alfonso: La adopción en la Historia del Derecho español. Cuadernos del Instituto Jurídico Español, Madrid-Roma 1955, n° 4 (págs. 85 y ss).
- PADILLA, Ambrosio: Civil Code of the Philippines. Vol. I. (págs. 428-438; 331-375).
- PEDREIRA, José: Efectos de la adopción. Nuestra Revista XXXI (págs. 1-8).
- PINTO RUIZ, Jose G: Acogimiento familiar, en Nueva Enciclopedia Jurídica Española. Ed. Seix. T. II, Barcelona 1950.
- PIÑAR, Blas: La adopción en el nuevo Código civil filipino. A.D.C. 1954 (págs. 1175 y ss).
- PIÑAR, Blas: La adopción y sus problemas jurídicos. A. A. M.N. T. VIII, 1954 (págs. 141 y ss).
- PLANIOL-RIPERT: Traité élémentaire de Droit civil. París 1948, T. I (págs. 551 y ss).
- POVINA, Horacio: La adopción en la República Argentina. R.C. D.I. 1949 (págs. 461 y ss).
- PREVOST, M.H.: Les adoptions politiques a Rome sous la République et le Principat. Paris 1949.
- PUIG PENA, Federico: Las situaciones finales en la adopción R.D.P. 1948 (págs. 1045 y ss).
- PUIG PENA, Federico: La relación familiar en sentido amplio. Cuestiones que suscita el parentesco. R.D.P. 1948 (págs. 304 y ss).
- PUNO, Ricardo C: The Law on Persons & Family Relations 1953 Ed.

REFFINO, Pereyra: Adopción y afiliación. Revista del Notariado 1944 T. I (págs. 197 y ss).

ROBLES FONSECA: ¿Puede el padre adoptante desheredar al hijo adoptivo? R.C.D.I. 1942 (págs. 464 y ss).

SANCHEZ ROMAN: Estudios de Derecho civil, T. V, vol. 2º, (págs. 1104-05).

SCAEVOLA, Mucius: Comentarios al Código civil, T. III, (págs. 410 y ss).

TOLENTINO, Arturo: Commentaries of the Civil Code of the Philippines. Vol. I, 1951.

VISMARD, Marcel: Traité theorique et pratique de l'adoption et de la legitimation adoptive. París, 1951.

DISPOSICIONES Y OBRAS LEGALES CITADAS

A) DERECHO FILIPINO:

Código civil de 1950
Report of the Code Commission on the New Civil Code
Rules of Court
Code of civil procedure
Philippine Reports
Official Gazette

B) DERECHO ESPAÑOL:

Proyecto de la Ley de Bases de 22 de octubre de 1881
Código civil de 1889
Real Cédula de 11 de diciembre de 1799
Ley de Beneficencia de 1882
La Ley de Reforma del Código civil de 24 de abril de 1958
El Fuero Real
Las Partidas

C) CODIGOS Y LEYES DE LAS SIGUIENTES PAISES:

Italia, Francia, Alemania, Uruguay, Hungría, Polonia, Checoslovaquia, Canadá, Colombia, Panamá, Austria, Perú, Brasil, Bolivia, Chile, Guatemala, Ecuador, Mejico, Belgica, Australia, El Japón, Venezuela, Suiza, Grecia, Rumania, El Salvador, Holanda, Rusia, Gran Bretaña y algunos Estados de Norteamérica.